

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER - FACULTÉ DE DROIT

Du Jeu de la Compensation
dans les Rapports
des Créanciers et des Débiteurs

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Henry NICHET

Avoué près la Cour d'Appel



LYON

BOSC Frères, M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1934

**DU JEU DE LA COMPENSATION
DANS LES RAPPORTS
DES CRÉANCIERS ET DES DÉBITEURS**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Du Jeu de la Compensation
dans les Rapports
des Créanciers et des Débiteurs

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Henry NICHET

Avoué près la Cour d'Appel



LYON

BOSC Frères, M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1934

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International Public.

MORIN, doyen, professeur de Droit Civil.

BÉCQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Economie Politique.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, Chargé de Cours d'Economie politique.

DUPEYROUX, professeur de Droit constitutionnel

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit commercial.

COMBY, Chargé de Cours d'Economie politique.

LEMERCIER, Chargé de Cours d'Histoire du Droit.

DIJOL, Chargé de Cours de Législation Industrielle

VALÉRY, Doyen honoraire.

LABORDE, Professeur honoraire.

DONAT, Secrétaire.

ROCHETTE et DUBOIS, Secrétaires honoraires.

Membres du Jury :

MM.

VIALLETON, Président.

GUENOUN, Assesseur.

BOSC, Assesseur.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A TOUS LES MIENS

A MES MAÎTRES

A MES AMIS

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER. — De la compensation dans le Droit romain	7
<i>Section I.</i> — De la compensation dans la procédure des actions de la loi.....	8
<i>Section II.</i> — De la compensation dans la procédure formulaire	10
§ 1. — De la compensation dans les actions de bonne foi.....	10
§ 2. — De la compensation dans les actions de droit strict.....	17
1. Formule Cum compensatione de l'Argentarius.	17
2. Formule Cum deductione du bonorum emptor.	21
3. De mutuæ petitiones.....	25
4. Rescrit de Marc-Aurèle.....	28
<i>Section III.</i> — De la compensation dans la procédure extraordinaire. — Réformes de Justinien.....	33
CHAPITRE II. — De la compensation dans l'ancien Droit.	41
<i>Section I.</i> — Généralités.....	41

<i>Section II.</i> — Doctrine des interprètes du Droit romain depuis les Glossateurs jusqu'au dernier état du Droit coutumier.....	44
--	----

DEUXIEME PARTIE

DE LA COMPENSATION DANS LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL

CHAPITRE PREMIER. — De la compensation légale.....	57
<i>Section I.</i> — Des conditions de la compensation légale.	57
§ 1. — Réciprocité et personnalité des créances...	58
§ 2. — Identité d'objet des deux dettes.....	71
§ 3. — Liquidité des deux dettes.....	81
§ 4. — Exigibilité des deux dettes.....	88
1. Dettes à termes.....	88
2. Dettes conditionnelles.....	100
3. Dettes dont le paiement ne peut être efficacement exigé.....	101
<i>Section II.</i> — Exceptions au principe de la compensation légale.....	103
§ 1. — Demande en restitution d'une chose injustement enlevée.....	103
§ 2. — Demande en restitution d'un dépôt.....	105
§ 3. — Demande en restitution du prêt à usage...	106
§ 4. — Dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables	108
§ 5. — Créances ou dettes de l'Etat.....	115
§ 6. — Cas où les parties renoncent à la compensation	117
1. De la renonciation anticipée à la compensation.	117
2. De la renonciation à la compensation acquise..	118

Section III. — Comment s'opère la compensation légale. — Ses effets.....	123
§ 1. — Comment s'opère la compensation légale..	123
§ 2. — Effets de la compensation légale.....	126
CHAPITRE II. — De la compensation facultative.....	133
Section I. — Généralités	133
Section II. — Conditions	135
Section III. — Comment s'opère la compensation facultative	138
Section IV. — Effets de la compensation facultative..	140
CHAPITRE III. — De la compensation judiciaire.....	143
Section I. — Généralités.....	143
Section II. — Comment s'opère la compensation judiciaire. — Ses effets.....	146
CHAPITRE IV. — Avantages et inconvénients de la théorie de la compensation légale et de la compensation judiciaire	149
CHAPITRE V. — De la compensation dans les législations étrangères	153
Section I. — Généralités	153
Section II. — Comparaison entre la compensation du Droit français et celle du Droit allemand.....	156

TROISIEME PARTIE

APPLICATIONS PRATIQUES DE LA COMPENSATION

CHAPITRE PREMIER. — Utilité de la compensation dans le domaine juridique et économique.....	161
---	-----

CHAPITRE II. — Extension du système de la compensation	171
<i>Section I.</i> — Clearing house des chemins de fer..	171
<i>Section II.</i> — Application de la compensation aux affaires de Bourse.....	173
<i>Section III.</i> — Application du système de la compensation aux liquidations en marchandises.....	174
CONCLUSION	179
BIBLIOGRAPHIE	183

DU JEU DE LA COMPENSATION DANS LES RAPPORTS DES CRÉANCIERS ET DES DÉBITEURS

Introduction

En présentant devant notre jury de thèse un sujet sur la compensation, nous n'avons pas la prétention d'émettre des idées nouvelles. Depuis déjà longtemps et à plusieurs reprises, ce mode d'extinction des obligations a fait l'objet d'études aussi complètes qu'approfondies.

Nous nous sommes seulement proposé de faire revivre dans son histoire mouvementée une institution dont l'utilité tend tous les jours à s'accroître par suite du développement économique actuel, en retraçant à travers les siècles les principales phases de son évolution.

Faire un exposé historique et une théorie de la compensation, tel est le but de ce travail dont nous voudrions ici résumer en quelques mots les principales idées.

La notion sur laquelle repose cette institution est des plus simples: Lorsque deux personnes sont à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre, au lieu de faire des paiements multiples et inutiles, où chaque

partie reprendrait ce qu'elle vient de donner, n'est-il pas plus naturel que chacune d'elle retienne ce qu'elle doit en équivalent de ce qui lui est dû et que le reliquat seul soit payé si l'une des obligations excède l'autre?

Mais les idées les plus simples ne sont pas toujours celles qui se font accepter le plus vite et appliquer le plus facilement. Avant d'atteindre son parfait développement et produire tous les effets qui étaient attachés à sa véritable nature, la compensation fut longtemps repoussée ou du moins admise à titre de simple exception. Quand elle fut admise à titre de règle, elle eut à subir encore bien des entraves et bien des restrictions. Son histoire, a dit avec juste raison M. Charles Appleton, est l'un des épisodes les plus intéressants de la lutte entre le droit et l'équité, ces deux enfants rivaux de la Justice. C'est cette lutte au cours de laquelle la compensation s'est transformée que nous avons essayé de reproduire et à laquelle nous consacrerons la première partie de cette étude.

La deuxième partie sera consacrée à l'étude de la compensation dans notre droit français actuel.

En venant de Rome jusqu'à nous, la compensation, par suite d'une erreur d'interprétation des textes latins commise par les commentateurs et reproduite par les rédacteurs du Code civil, a changé de caractère juridique. Tandis qu'à Rome elle devait être prononcée par le juge, en France elle s'opère de plein droit par le seul fait de la coexistence des deux dettes et figure parmi les modes d'extinction des obligations.

Toutefois les règles de son application sont restées à peu près les mêmes. Notre ancien droit, il ne faut

pas l'oublier, s'est surtout inspiré du droit romain et pour la compensation comme pour le titre entier des obligations, ce sont encore les principes romains que les rédacteurs du Code civil ont puisé dans Domat et Pothier.

C'est ce respect des traditions qui en perpétuant jusqu'à nous l'esprit du droit romain, malgré les influences néfastes du Moyen Age et les dispositions nouvelles nées du progrès de l'équité et des exigences de notre état social qui donne à ce sujet une unité que nous avons cherché à lui conserver dans ce modeste travail. En exposant successivement le développement et les règles de la compensation à Rome, dans notre ancien droit et dans notre Code civil, nous nous sommes efforcé de rattacher ces trois périodes l'une à l'autre, d'en montrer l'enchaînement et comme la génération, et de reproduire un tableau de la compensation non seulement exact, mais encore vivant.

Dans la pratique juridique, la compensation joue un double rôle: Elle simplifie les rapports des parties et elle garantit les paiements. Elle évite d'abord les manèges de fonds, les envois d'argent, les lenteurs et les risques ; en coupant court à deux prétentions d'un seul coup, elle tend à diminuer le nombre des procès, les frais, et les déplacements inutiles.

Elle confère en plus à chacun des créanciers l'équivalent d'un privilège à l'égard des autres créanciers de son débiteur: Il échappe à leur concours dans la mesure où s'opère la compensation puisqu'il se paye sur ce qu'il doit lui-même et que toute sa dette est spécialement affectée à ce paiement.

En matière commerciale surtout, l'utilité de la compensation ne cesse de se développer. Le compte courant substitue au paiement respectif de toutes les dettes existant entre deux personnes, celui du solde tel qu'il apparaît à l'époque de la clôture.

Dans les rapports des banques entre elles, elle présente une importance toute particulière et a donné lieu à la création d'institutions spéciales: les chambres de compensation ou « Clearing houses ».

La portée de la compensation dépasse de beaucoup le cadre que nous lui avons assigné au cours de cette étude.

Il serait possible d'examiner le rôle qu'elle a joué, en particulier depuis la guerre, dans les rapports internationaux. Mais ce serait dépasser les bornes de notre sujet; il est néanmoins utile de souligner l'importance qu'elle peut avoir dans le règlement des dettes interalliées.

Le droit d'opposer la compensation, comme il est facile de s'en rendre compte, est fondé à la fois sur l'utilité publique et privée. Mais il se fonde aussi et avant tout sur l'équité. Ne serait-il pas en effet injuste que l'une des parties voulût être payée sans payer à son tour. Aussi les textes du droit romain nous présentent-ils sans cesse l'équité comme le fondement du droit de compenser: « Aequitas quæ merum jus compensationis inducit ».

PREMIÈRE PARTIE

Historique

CHAPITRE PREMIER

De la compensation dans le droit romain

Exact observateur des principes, le droit romain ne pouvait faire de la compensation un vrai mode d'extinction des obligations. Il la repousse même dans sa rigueur première. Le droit civil, l'*ipsum jus*, avec son génie formaliste, n'admet pour l'extinction des obligations que des modes directs résultant immédiatement des principes juridiques qu'il proclame. Aussi le développement de la compensation à Rome n'est-il autre chose que le progrès même de la réaction de l'équité contre le droit arbitraire des XII tables qui est en quelque sorte toute l'histoire du droit romain: née sans doute avec elles, dans la dernière période de la procédure des actions de la loi, elle se développe sous la procédure formulaire et reçoit enfin sous Justinien une dernière extension.

L'histoire de la compensation à Rome est étroitement liée à l'histoire de la procédure formulaire, mais elle ne fut jamais en droit romain ce qu'elle est devenue chez nous, un vrai mode d'extension des obligations. Elle n'était qu'un résultat de la procédure. Gaius ne la mentionne pas dans l'énumération qu'il nous donne de ces modes et n'en parle que dans son

exposition de la procédure formulaire; nous ne la voyons même pas figurer à ce titre dans les Institutes de Justinien.

Ainsi liée à la procédure, elle en suit les transformations, dont elle subit l'influence. Nous l'étudierons successivement dans la procédure des actions de la loi, dans le système formulaire et dans la procédure extraordinaire.

SECTION I

De la compensation dans la procédure des actions de la loi

La compensation a-t-elle pu exister, a-t-elle existé sous l'empire des actions de la loi? Aucun texte ne le prouve. Dans l'antique « *actio sacramenti* » où la mission du juge consistait à déclarer « *justum* » ou « *injustum* » le *sacramentum* des parties, où il n'avait aucune liberté d'appréciation, il ne pouvait évidemment y avoir une place pour la compensation.

Ce furent ces inconvénients de la procédure du *sacramentum* dans toute affaire qui exigeait une certaine liberté d'appréciation, qui de bonne heure firent introduire une procédure nouvelle : la *judicis postulatio*. Cette procédure s'appliquera précisément à ces affaires où le juge doit se déterminer *ex æquo et bono* et qui, plus tard, sous la procédure formulaire, prirent le nom d'actions de bonne foi.

Pourquoi la compensation n'aurait-elle pas eu place dans cette procédure? Le juge paraît n'y avoir eu d'autre mission que celle de régler convenablement le litige ; les affaires qui lui étaient soumises étaient précisément celles qui donnent lieu à des actions contraires parce qu'elles engendrent des obligations réciproques ; eût-il été possible au juge de remplir sa mission, de terminer le litige *ex fide bona*, s'il n'avait pas eu le pouvoir d'opérer la compensation *ex eadem causa*? Cela ne devient-il pas plus certain encore, quand on considère que les actions de bonne foi du système formulaire sont les mêmes que celles qui faisaient autrefois l'objet de la *judicis postulatio*.

Toutefois, ce principe que toute condamnation est pécuniaire n'existant pas encore sous les actions de la loi, et la partie qui triomphait obtenant l'objet même du litige « *ipsam rem* », la compensation n'y était sans doute possible qu'autant que les parties étaient débitrices l'une envers l'autre de choses de même nature.

L'action *per condictionem* est trop peu connue pour que nous puissions en parler avec quelque probabilité. Mais comme elle paraît n'avoir eu pour objet que des obligations unilatérales *certæ rei*, et avoir été le type d'une partie des actions *stricti juris*, il semble que la compensation ne pouvait y avoir une place.

SECTION II

De la compensation dans la procédure formulaire

§ I. — DE LA COMPENSATION DANS LES ACTIONS DE BONNE FOI

« La compensation, dit Jean Harprecht (1), tire son nom de l'antique habitude de peser l'argent. Autrefois, avant qu'on eût frappé de la monnaie, les anciens se payaient en lingots de cuivre ou d'argent qu'ils pesaient »; cet usage fut aussi en vigueur chez les Romains jusqu'au règne de Servius, qui le premier frappa la monnaie en lui donnant l'empreinte des pécudes, ce qui la fit appeler pécunia. C'est ainsi que Pensiones et Pensationes ont signifié des prestations d'argent. Compensatio veut dire que chaque partie pensat, paie, pour ainsi dire que toutes deux se paient à la fois mutuellement et mettent la somme qu'elles doivent dans une même balance, de manière que la prestation soit égale des deux parts et que chacune paie autant qu'on lui fournit (2).

(1) *Instit. Tit. de Actionibus*, parag. In bonae fidei.

(2) Cf. DONEAU, *De Jure Civili*, lib. XVI, c 15. De Comp, In pp. et CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du Droit Français*, liv. II, ch. 39.

Modestin définit la compensation : « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* » : C'est la neutralisation réciproque d'une dette et d'une créance; la créance fournissant de quoi acquitter la dette, la dette de quoi faire emploi de la créance (3).

A l'époque de la procédure formulaire, le juge n'a le pouvoir de tenir compte de la compensation que dans les actions de bonne foi et seulement pour les créances nées du même contrat que la demande principale.

Dans les actions du droit strict, la compensation est en principe prohibée. Dans les cas fort rares où on l'admettait, il fallait modifier la formule, employer des expédients de procédure. Nous allons rappeler en quelques mots les traits essentiels du système formulaire et nous verrons aussitôt pourquoi il était nécessaire de recourir à ces expédients.

1° Le juge romain est un simple juré civil; il n'a d'autre pouvoir que celui conféré par son mandat, par sa formule : simple citoyen commis pour juger une affaire déterminée, il peut bien prendre en considération toutes les obligations résultant du contrat, mais il ne peut sans excéder ses pouvoirs, tenir compte des obligations provenant de toute autre cause. Si le demandeur intente l'action de vente, le juge ne peut s'occuper que de ce contrat et de ses conséquences

(3) Dans les textes on se sert du mot *compensare* en parlant du demandeur ou du défendeur, du créancier ou du débiteur (le défendeur compense quand, en vertu de la compensation, il ne paye pas, en tout ou en partie, ce qu'il devrait payer. Le demandeur compense quand il déduit de son action le montant de sa dette ou qu'il renonce à sa créance pour s'acquitter).

seules prévues dans la formule : *quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit qua de re agitur* : il ne peut s'occuper des autres affaires existant entre le demandeur et le défendeur. Par l'*actio venditi*, le demandeur réclame le prix d'un esclave vendu ; si le défendeur oppose qu'il a prêté de l'argent, cela ne regarde pas le juge ; en dehors de la vente il n'est qu'un simple citoyen sans mandat.

2° Le juge ne reçoit de la formule d'autre pouvoir que celui d'absoudre ou de condamner le défendeur ; il ne peut jamais condamner le demandeur, car l'*intentio* ne mentionne jamais que les obligations du défendeur et la *condemnatio* ne contient que son nom.

3° Dans les formules à *intentio certa*, l'objet de la demande est certain et déterminé, le juge doit ou condamner pour le tout, ou absoudre entièrement le défendeur. Pour qu'il puisse diminuer la condamnation, il faudrait rédiger une autre formule. De même si un plaideur demande plus que ce qui lui est dû, il perd sa cause et son droit, droit qui déduit *in judicio*, a été éteint par la *litis contestatio* et qui ne peut servir qu'une fois. La compensation avec l'effet redoutable de la plus *petitio* ne pouvait pas être un mode d'extinction des obligations ; il présentait beaucoup trop de dangers pour le demandeur.

4° Enfin il ne faut pas oublier que dans le système formulaire, toute condamnation est pécuniaire.

Après avoir énuméré les actions de bonne foi, *Gaius* ajoute : « *Liberum est tamen judici nullam omnimodo invicem compensationes rationem habere ; nec enim aperte formulæ verbis præcipitur, sed quia id bonæ*

fidei judicio conveniens videtur, ideo officio, ejus contineri creditur : Cependant le juge a la faculté de ne tenir aucun compte de la compensation, car les termes de la formule ne lui enjoignent pas expressément d'y avoir égard, mais comme cela pourrait convenir à la nature de l'action de bonne foi, on estime que cela est contenu dans l'office du juge » : la nature de l'acte l'y invite.

La formule en effet pose au juge la question de savoir ce qu'exige la bonne foi. Or, est-il conforme à l'équité que le défendeur soit condamné à payer ce qu'il doit lorsque le demandeur ne s'est pas acquitté de ses obligations nées du même contrat ? Etant par exemple votre mandataire, j'ai touché cent pour vous, mais j'avais déboursé vingt pour impenses. Si vous intentez contre moi l'actio mandati, l'équité invite le juge à tenir compte de ce que vous me devez vous-même en vertu du mandat, c'est-à-dire en vertu de la même cause, *ex eadem causa*.

L'identité de la cause est essentielle non seulement pour un motif de forme, mais encore pour une raison d'équité.

En la forme, le juge chargé de statuer sur un contrat de vente, par exemple, n'a aucun pouvoir pour examiner les autres affaires des parties.

Au fond, si la créance invoquée par le défendeur est née d'un autre contrat, l'équité parle beaucoup moins en faveur de la compensation, car il n'y a aucun rapport entre les deux obligations. C'est le cas, par exemple, d'un fermier ne payant pas son loyer et dont le propriétaire retient le cheval qu'il lui a prêté. Il n'y

a évidemment aucun rapport entre les deux obligations.

Tout contrat synallagmatique, au contraire, est un échange; chaque partie ne doit se dessaisir de l'objet dû que lorsqu'elle tient l'objet promis. La compensation *ex eadem causa* repose au fond sur la même idée que l'article 1184 du Code Civil qui permet à la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté de forcer l'autre partie à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts.

Cette compensation réalise même cette condition résolutoire dans la mesure des obligations non encore exécutées, puisqu'elle dispense de les exécuter, et la raison d'équité qui fonde ici le droit est si forte que la jurisprudence française, pour y obéir, n'a pas hésité à faire brèche aux principes généraux qui régissent la faillite dans notre droit.

Pour plus de clarté, résumons le principe : Bien qu'aucune partie de la formule n'impose au juge l'obligation d'opérer la compensation, il en a le pouvoir, la libre faculté : *libera potestas*, disent les Institutes. Ce pouvoir, il le tient de la nature même de l'action ; c'est pourquoi nous n'hésitons pas à croire que la compensation *ex eadem causa* a été admise de tout temps dans l'action de bonne foi, c'est-à-dire dès que le prêteur a délivré une formule dont l'*intentio* portait : *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*.

Dans les formulaires de Caton, relatifs au louage d'ouvrage pour la cueillette des olives et la fabrication de l'huile, on prévoit plusieurs cas où le salaire sera diminué par suite de l'inaccomplissement des obliga-

tions de l'entrepreneur ou des défauts dans l'accomplissement. Voilà bien déjà la compensation prise sur le fait au milieu du vi^e siècle. Elle est, il est vrai, conventionnelle, mais il s'agit de clauses d'usage ; or, tout ce qui a été clauses d'usage est devenu un effet naturel du contrat. La bonne foi exige en effet que les clauses d'usage soient appliquées, même dans le silence des parties.

Il ne faut pas croire que ce pouvoir donné au juge pour opérer la compensation soit un pouvoir complètement discrétionnaire. C'est aussi pour lui un devoir : *officio contineri*, dit Gaius ; un devoir dans la mesure où le veut l'équité, parce que le juge doit toujours statuer *ex bono et æquo*. Il est vrai, l'équité ne le veut pas toujours. Si par exemple la créance du demandeur est parfaitement claire, celle du défendeur, au contraire, très contestable dans sa nature, très obscure dans sa quotité, si elle manque en un mot complètement de liquidité, si elle est même suspecte, il ne serait pas équitable pour le juge de faire attendre très longtemps le demandeur pour aboutir peut-être au rejet de la créance opposée ou à la réduction d'une somme infime. L'équité exige plutôt un renvoi « *ad separatim* ». Que le défendeur intente l'action qu'il tient du contrat, l'*actio contraria* par exemple, et justice lui sera rendue, sans que la réclamation évidemment fondée du demandeur ait à subir d'injustes retards.

Ainsi la compensation dans les actions de bonne foi s'opère par l'office du juge, organe de l'équité. C'est à lui d'apprécier à ce point de vue, et selon les circonstances de la cause, s'il y a lieu de compenser

ou de prononcer le renvoi « *ad separatum* ». Tout dépend de sa souveraine appréciation.

Gaius ne nous parle que de la compensation prononcée par le juge dans les obligations provenant de la même cause. Mais sous Justinien, la compensation est admise pour les obligations nées de différentes causes : *ex dispari causa*. Cette admission est due au rescrit de Marc-Aurèle. En vertu de ce rescrit, on peut, au moyen de l'exception de dol, opposer la compensation *ex dispari causa* à une action de droit strict. Or, l'exception de dol est sous-entendue dans la formule de l'action de bonne foi. Donc, grâce à cette exception sous-entendue, on pourra désormais, dans une action de bonne foi, opposer la compensation même *ex dispari causa*.

Mais cette argumentation n'est pas concluante parce qu'on ne saurait assimiler les actions de bonne foi à celles de droit strict. C'est plutôt à la disparition de la procédure formulaire et à son remplacement par la procédure extraordinaire, dans laquelle le magistrat juge lui-même toute l'affaire, qu'il faut attribuer l'admission de la compensation *ex dispari causa* dans les actions de bonne foi. Pendant toute la durée de l'instance, on se trouve alors devant un magistrat qui n'est plus enfermé dans les termes d'une formule, mais qui possède un pouvoir personnel de juridiction.

§ II. — DE LA COMPENSATION DANS LES ACTIONS
DE DROIT STRICT

I. — *Formule cum compensatione de l'Argentarius*

Il semble impossible que le juge puisse opérer la compensation dans une action de droit strict. Il n'a pour mission que de vérifier la créance du demandeur, de lui accorder la somme demandée s'il a réclamé une quantité égale ou inférieure à sa créance, de le débouter entièrement s'il a réclamé davantage. Mais il ne peut pas le débouter partiellement, soit en vertu d'une créance compensable, soit en vertu d'une autre cause, sans modifier la formule. Aussi, c'est en modifiant la formule que procéda le prêteur lorsqu'il organisa la compensation à l'encontre des Banquiers ou *Argentarii*, en créant la formule *cum compensatione*, et en les obligeant à s'en servir. Cette formule est celle de la *condictio certæ pecuniæ* avec une modification destinée à assurer la compensation.

On sait ce qu'étaient à Rome les *Argentarii*: « banquiers, commissionnaires, courtiers, usuriers avant tout », corporation aussi puissante que malhonnête, dont la loi avait dû de bonne heure réprimer par de sévères mesures la mauvaise foi effrontée et les fraudes hardies. La compensation fut pour eux l'occasion de nouvelles rigueurs. Comme ils avaient avec leurs clients des comptes courants et qu'il leur était toujours facile, au moyen de leurs livres de régler leur situation vis-à-vis d'eux, on les astreignit, dans les

poursuites qu'ils exerçaient contre leurs débiteurs, à opérer eux-mêmes la compensation et à n'agir que pour le reliquat sous peine de « plus petition » et de perte entière de leurs droits ⁽⁴⁾. Il n'était besoin de leur opposer aucune exception. C'était pour eux une obligation légale. Ils devaient agir, nous dit Gaius ⁽⁵⁾, cum compensatione et la compensation devait résulter des termes de la formule : « cogitur cum compensatione agere, ita ut compensatio verbis formulæ comprehendatur. »

Tandis que le juge de l'action de bonne foi peut opérer la compensation, bien que la formule ne lui en donne pas spécialement la mission, il en est autrement dans l'action imposée à l'Argentarius qui est forcé d'agir cum compensatione, en vertu de la formule, de telle façon que, dès le début du procès, il demande moins qu'il ne lui est dû, ayant opéré lui-même la compensation.

Mais pour que la compensation de l'Argentarius soit possible, il faut que les deux créances aient pour objet des quantités non seulement de la même espèce, mais encore de la même qualité. Ainsi l'argent ne peut se compenser qu'avec de l'argent, le blé qu'avec du blé, le vin qu'avec du vin, mais seulement dans le cas où ces derniers sont de la même qualité. Nous verrons qu'il n'en est pas de même pour le « bonorum emptor ».

(4) Praetera compensationis quidem ratio in intentione ponitur, quo fit ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius causa cadat et ob id rem perdat. (Gaius, IV, 68.)

(5) Gaius, IV, 64.

Le motif pour lequel on a imposé au banquier la nécessité de ne réclamer que le solde, par conséquent d'opérer lui-même la compensation, alors que d'autres n'y sont pas obligés, c'est qu'il ne serait pas conforme à l'intérêt des parties de séparer les diverses créances et de permettre qu'elles puissent être détachées du compte. Les Romains ont vu, dans les rapports du créancier et du débiteur, une convention tacite analogue à celle d'où découlent de nos jours les règles du compte courant. Boistel définit cette institution ⁽⁶⁾ : « Une convention par laquelle deux parties conviennent que lorsqu'elles deviendront débitrices l'une de l'autre, chaque créance perdra son individualité propre pour se fondre dans le solde seul exigible aux époques fixées par les parties. » Le droit romain oblige le banquier à agir cum compensatione parce qu'il le considère de plein droit en compte courant avec ses clients. Il enlève à chaque créance son existence indépendante à l'égard du banquier, ne lui permet pas de la réclamer isolément et veut qu'il ne demande jamais que le solde. La formule de l'Argentarius correspond donc aux mêmes idées que celles qui régissent chez nous le compte courant. L'obligation pour le banquier de ne réclamer que le solde sanctionne pour lui l'indivisibilité du compte courant.

Mais alors nous retrouvons une profonde analogie entre la compensation de l'Argentarius et celle que nous avons vu s'opérer dans les actions de bonne foi :

Dans les actions de bonne foi, la compensation est

(6) BOISTEL, *Précis de Droit commercial*, p. 595.

justifiée par la connexité entre les deux créances qui naissent « *ex eadem causa* ».

Dans la compensation de l'Argentarius, il y a également entre les créances réciproques une certaine connexité, artificielle, il est vrai, mais connexité tout de même, résultant de ce que les créances font partie d'un même compte courant.

Une autre considération milite encore en faveur de l'admission de la compensation dans les rapports des banquiers et des clients. Si dans l'ancien droit romain, la compensation n'était pas admise, c'est qu'elle portait atteinte au principe fondamental de l'ancienne procédure : l'unité de la question posée au juge. Le défendeur n'avait pas le droit de compliquer la tâche de ce magistrat en lui adressant à son tour une demande reconventionnelle. C'est seulement au moment où la compensation ne compliquera plus la tâche du juge qu'elle sera admise. Si elle est tolérée dans les actions de bonne foi, c'est parce que la prétention du défendeur naît du même acte que celle du demandeur. Le juge qui a déjà examiné ce contrat au point de vue du demandeur, ne verra pas alourdir sa tâche s'il faut qu'il examine les conséquences de ce même contrat au profit du défendeur.

Il en est de même pour le banquier. Le juge chargé d'examiner les créances résultant pour le banquier du crédit de son compte, ne verra pas sa tâche compliquée si on l'oblige à jeter aussi un coup d'œil sur le débit du même compte.

L'Argentarius obligé d'opérer la compensation ne peut pas se servir d'une autre formule que celle de

l'action cum compensatione. En est-il de même du client ? D'après le système d'Eisèle, l'affirmative est évidente et on ne comprendrait pas pourquoi le client pourrait réclamer l'intégralité de sa créance alors que le banquier qui peut-être a une créance plus forte, serait obligé de payer d'abord la somme plus faible, puis de réclamer la totalité de sa créance à une personne devenue peut-être insolvable. Ce n'est pourtant pas notre opinion. Il aurait été trop rigoureux d'obliger les particuliers à agir cum compensatione et de leur faire subir une plus petitio pour la moindre erreur, car ils n'avaient pas la facilité de tenir leurs livres et de les contrôler avec autant d'exactitude que les banquiers.

II. — *Formule cum deductione du bonorum emptor*

La condition du bonorum emptor offre quelque analogie avec celle de l'Argentarius.

On entend par ces termes tout acquéreur du patrimoine de l'insolvable, d'un failli, moyennant un dividende qu'il s'oblige à payer à chacun des créanciers. Le prêteur a donné au bonorum emptor qui fait valoir des créances d'un patrimoine, toutes les actions du failli, au moyen de la formule Rutilienne s'il s'agit des biens d'un vivant, et au moyen de la formule Servienne si la venditio bonorum a eu lieu après la mort du failli ou defraudator (7).

(7) Formule Rutilienne : L'intentio de la formule porte le nom du failli ; la condemnatio porte celui du bonorum emptor au profit duquel elle est prononcée.

Formule Servienne : L'acheteur du patrimoine est censé être l'héritier du failli : *ficto se herede*.

Si le *honorum emptor* poursuit une personne à la fois créancière et débitrice de l'insolvable, il est forcé de subir la *deductio*, c'est-à-dire que le juge est obligé de déduire de la *condemnatio* à prononcer au profit du *honorum emptor*, les créances que la personne créancière de l'insolvable fait valoir contre le failli et par conséquent contre lui ⁽⁸⁾.

Cette obligation imposée au *honorum emptor* comme d'ailleurs celle imposée à l'*argentarius*, est l'œuvre du prêteur. Le motif est facile à comprendre : le *honorum emptor* n'est tenu personnellement des dettes du failli que jusqu'à concurrence du dividende qu'il a promis de payer aux créanciers. Il peut au contraire recouvrer toutes les créances du failli. Il serait injuste et contraire à l'équité de forcer une personne à la fois créancière et débitrice du failli, à payer la totalité de la dette qu'elle avait envers le failli, alors qu'elle ne pourrait toucher qu'un dividende de sa créance. Le prêteur a voulu qu'une personne à la fois créancière et débitrice du failli, actionnée en justice par le *honorum emptor* pour le paiement de sa dette, puisse

(8) GAIUS, IV, § 65 : *Item bonorum emptor cum deductione agere jubetur, id est ut in hoc solum adversarius condemnatur quod superest deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.*

GAIUS, IV, § 68 : signale entre la *compensatio* et la *deductio* une différence importante : la *compensatio* s'exprime dans l'intentio même de la formule, de telle sorte que si, opérant lui-même la compensation, l'*argentarius* se trompe en plus d'un écu « si facta compensatione plus uno nummo intendat » il perd tout par plus petitio, « causa cadat et ob id rem perdat ». Au contraire c'est dans la *condemnatio* que la *deductio* se place ; bien que le *honorum emptor* agisse dans l'intentio de certa pecunia, la *condemnatio* ne porte pas de chiffre déterminé ; c'est au juge à faire lui-même la *deductio* et à fixer par là le montant de la *condemnatio*. La *deductio* n'entraîne donc aucun péril de plus petitio.

lui opposer en compensation la créance qu'elle avait contre le failli et ceci jusqu'à concurrence du montant intégral de cette créance.

Le prêteur, pour arriver à réaliser cette idée d'équité, a été dirigé par deux principes :

1° La faillite est une liquidation générale ; il faut non seulement tenir compte des créances exigibles, mais encore de celles qui ne sont pas échues. Il n'est pas non plus nécessaire que les créances opposées portent sur des objets similaires. C'est une pure raison d'équité qui milite en faveur de la compensation et peu importe que la deductio ait pour objet des dettes provenant de causes diverses. Pour que la compensation puisse être possible, il faudra estimer en argent les deux créances, puis opérer la soustraction (9).

2° La compensation doit exister même lorsque la créance du failli a pour objet un objet « incertum ». Si cette créance a pour objet un « certum », comme dans le cas de l'argentarius, le bonorum emptor ne pourra pas employer la formule cum compensatione de ce dernier. S'il le faisait, il s'exposerait au danger qui pourrait résulter d'une erreur de calcul dans sa demande, erreur qu'il ne pourrait pas éviter la plupart du temps, par suite du désordre dans lequel se trouve un patrimoine qui lui est complètement étranger.

La condemnatio de la formule doit être incertaine, de façon que le juge puisse déduire de la créance ce que le failli devait lui-même au défendeur, et la deductio

(9) Le bonorum emptor réclame de l'argent, le failli devait du blé ou du vin ; la deductio n'en aura pas moins lieu et le débiteur poursuivi ne sera condamné qu'au reliquat ainsi déterminé par le Juge : deductio eo quanti erit (Gaius, liv. IV, 66).

doit se placer dans la *condemnatio*, partie de la formule où il n'y a aucun danger pour le *bonorum emptor* à exagérer sa demande. Même en réclamant une somme déterminée, la *condemnatio* doit toujours rester « *incerta* ». Si la créance du *bonorum emptor* est sanctionnée par une action de bonne foi, la formule ordinaire de l'action de bonne foi suffit au juge pour opérer la compensation.

Là se bornent les renseignements que nous donnent sur la compensation les commentaires de *Gaius*. Pas un mot de la compensation dans les actions de droit strict. Ces actions dérivant toujours de contrats unilatéraux, excluaient par leur nature même toute idée d'obligations réciproques. Aussi avaient-elles, comme on le sait, un caractère tout différent des actions de bonne foi. Tandis que dans ces actions, le juge devait avant tout se régler sur l'équité, dans les actions de droit strict, il ne devait consulter que le droit pur ; il n'avait qu'à prononcer d'après ce droit sur l'obligation toujours unilatérale du défendeur, sans pouvoir tenir compte d'aucune considération de bonne foi ou d'équité ; peu importait que le défendeur fût lui-même créancier du demandeur tant que la compensation n'était pas un mode d'extinction des obligations reconnues par le droit civil. Si les deux parties étaient respectivement créancières et débitrices, elles n'avaient alors d'autre ressource que d'intenter l'une contre l'autre deux actions distinctes qui recevaient des sentences différentes s'exécutant séparément par des paiements réciproques.

Tel était le droit romain dans toute sa rigueur. Mais

cette rigueur conduisait souvent à des conséquences iniques, ainsi elle permettait à un débiteur insolvable de se faire payer sans payer lui-même ; elle nécessitait en tout cas des paiements multiples et inutiles qu'il était bien plus simple d'éviter. Aussi chercha-t-on de bonne heure, sans doute, à le corriger.

Déjà le droit civil y avait fait une exception à l'égard du banquier en l'obligeant à opérer lui-même la compensation dans toute action, quelle qu'en soit la nature. La jurisprudence alla plus loin ; elle considéra comme un dol de la part de toute personne le fait de réclamer ce qu'elle serait à l'instant même obligée de rendre : « *Dolo facit qui petit quod redditurus est* » ⁽¹⁰⁾.

III. — *Des mutux petitiones*

La procédure romaine présente, nous le savons, le caractère analytique le plus absolu : une seule question, un seul procès, voilà la règle. Si les parties avaient entre elles plusieurs litiges, il y avait autant d'instances distinctes, on délivrait autant de formules qu'il y avait de questions à résoudre. Mais quel que soit le nombre de questions, on aurait exagéré inutilement l'application du principe en nommant autant de juges qu'il y avait de procès distincts ; aussi décida-t-on que toutes les affaires entre les mêmes parties seraient renvoyées devant le même juge qui ne pouvait les confondre, puisqu'elles formaient l'objet de questions distinctes qu'il était obligé de trancher séparément.

(10) Dig. Loi 8, de doli mali except. — Loi 171, de Regulis juris.

Lorsque le défendeur n'est actionné ni par un *Argentarius*, ni par un *bonorum emptor* et que sa créance n'a pas la même cause que celle de son adversaire, le juge ne peut pas opérer la compensation. Chaque partie doit exercer séparément son action.

Toutefois, dans la pratique, quand le demandeur avait obtenu du magistrat la formule de l'action qui sanctionnait sa créance, le défendeur qui était aussi créancier, pouvait agir immédiatement et exercer une demande reconventionnelle ou « *mutua petitio* ». Il demandait alors la délivrance à son profit d'une formule distincte et les deux procès étaient renvoyés devant le même juge qui statuait séparément sur chacun d'eux et qui condamnait les deux parties chacune sur leur action.

Après avoir exécuté à la lettre les deux missions dont il était chargé, le rôle du juge était ensuite terminé ; il n'avait pas le droit ni le pouvoir de combiner les deux condamnations et d'opérer la compensation ; celle-ci était exclusivement l'œuvre des parties.

Même à l'époque d'Alexandre Sévère, il en était encore ainsi : Autant de formules, autant de condamnations distinctes. Jamais le juge, tant que durera la procédure formulaire, ne pourra fondre ensemble deux condamnations, il les prononcera distinctement, sans jamais opérer la compensation ; ce pouvoir appartient seul aux parties.

En réalité, ce pouvoir était purement théorique. En vertu même du principe fondamental de la procédure romaine, qui exigeait autant de condamnations que de formules, les parties ne pouvaient opérer la compensa-

tion, car il aurait fallu qu'elles se trouvent en présence de deux condamnations prononcées en même temps par le juge. Or, nous l'avons vu, ce dernier saisi des deux formules, rendait distinctement et séparément les deux sentences. Le demandeur qui avait obtenu à son profit, sur sa demande principale, la condamnation du défendeur, pouvait l'exécuter, tandis que le défendeur condamné ne pouvait faire valoir contre lui sa propre créance du moment que le juge n'avait pas encore statué sur sa demande.

Les deux sentences rendues séparément par le juge étaient disjointes et leur dissociation enlevait aux condamnés les moyens d'opérer la compensation. Il fallait faire disparaître cette difficulté, ce fut l'œuvre des Constitutions Impériales de sursis.

En vertu de ces constitutions, la condamnation sur la demande principale ne devenait exécutoire qu'après le jugement rendu sur la demande reconventionnelle. Ces constitutions de sursis empêchant toute exécution de la sentence rendue sur la demande principale, le demandeur n'avait aucun intérêt à voir sa demande jugée en premier lieu. Les deux sentences étaient dès lors rendues en même temps. Par le sursis accordé au défendeur qui forme une demande reconventionnelle, les Constitutions Impériales ont évidemment voulu favoriser la compensation ; une fois les deux condamnations prononcées, les parties sont investies de deux créances désormais incontestables, portant sur des sommes d'argent déterminées, exigibles, munies même d'un titre exécutoire. Mais celle d'entre elles qui aurait voulu, au moyen de « l'actio judicati » pour-

suivre l'exécution de la condamnation prononcée contre son adversaire sans en retrancher le montant de celle prononcée contre elle, aurait commis un dol évident en réclamant une somme qu'elle devait elle-même payer à son adversaire: « *Dolo facit qui petit quod rediturus est.* »

Ceci nous amène à parler du rescrit de Marc-Aurèle.

IV. — *Rescrit de Marc-Aurèle*

Les Institutes de Justinien au paragraphe 30 du titre des actions, après avoir reproduit les termes mêmes de Gaïus sur la compensation dans les actions de bonne foi, nous apprennent qu'un rescrit de Marc-Aurèle avait décidé qu'on pourrait désormais opposer la compensation dans les actions de droit strict, en faisant insérer dans la formule l'exception de dol : « *Sed et in strictis judicis, et rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.* » ⁽¹¹⁾.

Mais si nous avons présentes à l'esprit les observations faites au paragraphe précédent sur les Constitutions Impériales qui ordonnent de surseoir à l'exécution de la sentence rendue sur la demande principale, tant qu'il n'a pas été statué sur la demande reconventionnelle, nous sommes surpris au premier abord que le rescrit de Marc-Aurèle n'ait pas supprimé les Constitutions Impériales qui n'ont évidemment plus de raison d'être, puisqu'elles font un double emploi avec lui.

(11) Institutes Justinien, IV, 6, 30.

Si l'on admet que le rescrit permettait au juge d'opérer la compensation dans tous les cas, on ne comprend plus évidemment à quoi servaient les Constitutions et le sursis qu'elles assuraient.

Leur utilité se voit clairement, au contraire, si l'on admet que le rescrit statuait dans le cas où les deux créances opposées étaient liquides, certaines, exigibles et portaient sur une somme d'argent. Elles servaient alors à assurer la compensation dans le cas où une des créances n'était pas liquide ou ne portait pas sur des choses fongibles de même espèce.

Dans les autres cas, les Constitutions Impériales, par le sursis qu'elles accordent, permettent au défendeur de faire liquider sa créance. Une fois les deux créances vérifiées et liquidées en argent par les deux sentences rendues en même temps, on tombe dans le cas du rescrit qui s'applique alors sans difficulté.

En fait, le rescrit et les Constitutions Impériales ne peuvent avoir constitué deux manières distinctes d'opérer la compensation : le sursis qu'accordent les Constitutions se combine merveilleusement avec l'exception de dol du rescrit. Sans le rescrit, les Constitutions ne peuvent assurer la compensation, car elles se bornent à ordonner un sursis ; le rescrit en est donc le complément nécessaire. Réciproquement, sans les Constitutions de sursis, on ne voit pas comment le rescrit pouvait amener la compensation, sauf évidemment dans le cas où le défendeur invoquait une créance incontestable et liquide ; alors seulement l'exception de dol est fondée, Marc-Aurèle n'a pas voulu créer un dol fictif.

Et tout d'abord, sans le rescrit, à quoi aboutirait le sursis ordonné par les Empereurs ? A faire prononcer en même temps les deux sentences et pas davantage. Les Constitutions n'ordonnent rien de plus ; le juge, sauf dans les cas du *bonorum emptor*, et quand il s'agit d'actions de bonne foi, n'a pas le droit de compenser.

Sans les Constitutions de sursis, on ne voit pas comment le rescrit pourrait amener la compensation. En admettant que le défendeur pût, sans avoir fait constater sa créance par justice, opposer l'exception de dol et obtenir ainsi la compensation, on fait créer par Marc-Aurèle une véritable fiction ; on lui fait forger un dol fictif, imposer le nom de dol à ce qui, bien souvent, sera loin d'en être un.

L'exception de dol ne peut être fondée que dans le cas où le défendeur invoque une créance incontestable et liquide. Marc-Aurèle n'a pu décider que toute personne qui méconnaîtrait sa dette, fût dans le cas où l'erreur est bien excusable, serait censée commettre un dol. « Pour qu'il y ait lieu à l'exception de dol, il faut qu'il y ait vraiment dol. »

Comme tout rescrit, celui de Marc-Aurèle devait contenir la solution d'un cas concret sur lequel l'Empereur avait été consulté. Puisque l'Empereur a jugé que l'exception de dol pouvait être opposé par le défendeur, ce cas concret devait présenter le caractère suivant : Il devait y avoir de la part du demandeur une mauvaise foi évidente à réclamer sa créance sans payer sa dette. Mais pour qu'il y ait dol et pour que l'exception de dol opposée par le défendeur soit pleine-

ment justifiée, il fallait se trouver en face d'un demandeur qui, réclamant une somme d'argent, se refusait à tenir compte d'une créance reconventionnelle portant sur une somme d'argent parfaitement déterminée et dont l'existence était officiellement reconnue.

Bientôt après cette décision de Marc-Aurèle qui accordait au défendeur, en cas de créance liquide et incontestable, le bénéfice de la compensation au moyen de l'exception de dol, d'autres constitutions assurèrent le même bénéfice au défendeur dont la créance n'était ni liquide, ni certaine, en lui accordant un sursis jusqu'au règlement de sa demande reconventionnelle. Grâce à ce jugement, sa créance acquérait les qualités qui lui manquaient pour invoquer l'exception de dol. Ce n'est donc pas le sursis qui impose la compensation, c'est l'exception de dol. Cette exception, en forçant le demandeur à diviser son action, le conduit à la compensation, elle l'amène : *Compensatio inducebatur*, disent les Institutes.

L'exception de dol donne au juge le pouvoir de statuer suivant l'équité et lui permet d'opérer la compensation absolument comme si l'action était de bonne foi. Il prononce ainsi l'absolution du défendeur si sa créance est égale ou supérieure à celle du demandeur, et si elle est d'une valeur inférieure, il ne le condamne qu'à payer la différence. Rien ne paraît plus naturel, et pourtant certains auteurs ont contesté que l'exception de dol puisse donner au juge le pouvoir de modérer la condamnation dans les actions de droit strict, comme il pouvait le faire dans les actions de bonne

foi. Ou l'exception est justifiée, disent-ils, et le défendeur qui a invoqué la compensation doit être absous ; ou elle ne l'est pas et il doit être condamné. Cette solution est aussi contraire à l'équité qu'aux textes :

Il n'est pas admissible que l'exception de dol destinée à faire prévaloir l'équité aboutisse à un résultat aussi inique. Et c'est pourtant ce qui arriverait si le défendeur devait être absous quand il oppose par exemple l'exception de dol à un créancier d'une somme de mille écus pour faire valoir en compensation une créance de cinquante écus.

Les textes montrent qu'en général, l'exception de dol peut autoriser le juge à diminuer la condamnation ⁽¹²⁾.

Le rescrit de Marc-Aurèle, en autorisant la compensation dans les actions de droit strict, permet implicitement au juge de compenser les dettes nées ex dispari causa : L'action de droit strict sanctionne en effet toujours un rapport unilatéral et la dette opposée en compensation par le défendeur ne peut naître que d'une cause différente. Dès lors, la même règle dût logiquement être admise dans les actions de bonne foi, et le défendeur pût même invoquer en compensation une obligation naturelle.

(12) L. 16. D. de doli mali., XLIV, 4. — L. 38.
L. 48. D. de rei vind. VI, 1.

SECTION III

De la compensation dans la procédure extraordinaire

Réformes de Justinien

Grâce aux Constitutions Impériales de sursis et à la réforme importante de Marc-Aurèle, la compensation introduite d'abord timidement, avait pris au fur et à mesure une place prépondérante et dominait dans les rapports des créanciers et des débiteurs. Partie du droit strict, elle avait accompli un long parcours dans le chemin de l'équité, mais avait dépassé la juste mesure. Elle favorisait la chicane et donnait une prime à la mauvaise foi : La demande reconventionnelle la plus douteuse, la moins liquide avait pour résultat de paralyser l'exécution des jugements même les moins contestables.

Tant que la procédure formulaire resta en vigueur, de grands abus, certes, se produisaient, mais leur préjudice n'avait pas une importance des plus considérables. La demande reconventionnelle ne produisait son effet de sursis que lorsqu'elle était portée devant le juge qui avait déjà statué sur la demande principale : Un seul procès, un seul juge, une seule question caractérisaient, ne l'oublions pas, la procédure formulaire.

Mais la substitution au système formulaire de la pro-

cédure extraordinaire eut sur la compensation une influence considérable. La formule a disparu et avec elle tous les principes qui n'étaient que les conséquences de sa rédaction. Le juge n'est plus renfermé dans l'examen d'une affaire rigoureusement déterminée, sa compétence est devenue générale. L'exception et toutes les autres modifications de la formule n'existent plus, c'est au juge à tenir compte des intérêts et des droits des parties. La *deductio du bonorum emptor* a disparu en même temps que la *bonorum venditio* et il n'est plus question de la compensation que devaient opérer les banquiers. L'équité est devenue la règle dominante ⁽¹³⁾ Enfin la condamnation prononcée n'est plus obligatoirement pécuniaire et la sentence atteint désormais l'objet même du litige.

L'assimilation des actions de droit strict aux actions de bonne foi, particulièrement au point de vue de la compensation, fut une conséquence nécessaire de cette révolution. Dès que l'équité fut devenue le principe suprême, le juge dut comme autrefois, dans les actions de bonne foi, admettre la compensation quand elle était équitable, sans que le défendeur dût opposer une exception ou former une demande reconventionnelle. Désormais, le juge acquit dans tous les cas le pouvoir d'opérer la compensation.

Devant la disparition de la procédure formulaire entraînant avec elle la *deductio du bonorum emptor* et la *compensatio de l'argentarius*, devant les abus sans cesse croissants des demandes reconventionnelles, une

(13) V. M. BONJEAN, *Des actions*, t. I, p. 530.

réaction nécessaire, une oscillation en sens inverse du côté du droit strict, s'imposait ; il fallait ramener à une juste mesure la compensation qui avait dépassé les limites du droit et de l'équité, ce fut l'œuvre de Justinien.

Dans ses Institutes, cet éminent jurisconsulte nous peint les abus de la demande reconventionnelle et, pour y remédier, il exige que les créances opposées en compensation soient liquides. Les réformes importantes qui ont été accomplies par lui se résument dans ces mots que nous trouvons en tête du code de compensationibus ⁽¹⁴⁾ : « Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facillum exitum sui praestare. Nous voulons que la compensation résulte de plein droit de toutes les actions sans distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles. Toutefois, nous voulons que la compensation ne soit opposée que si la cause en est claire et non entourée de beaucoup de difficultés, mais qu'au contraire le juge puisse facilement en venir à bout. » Et il ajoute : « Il est déplorable de voir la partie adverse opposer la compensation et l'espoir de la condamnation échapper au demandeur par suite de manœuvres moratoires. Que les juges y fassent attention. »

(14) L. 14. C. de compensationibus, 4, 31. Imp. Justinianus A. Johanni, P. P.

Les réformes de Justinien, comme il est facile de le voir, ont été accomplies sous l'influence de deux courants contraires : D'une part, ce jurisconsulte a étendu la compensation en la faisant rentrer dans tous les cas dans l'office du juge et en déclarant que désormais elle s'accomplirait de plein droit.

D'autre part, il l'a resserrée dans d'étroites limites en déclarant que désormais elle devrait être liquide, c'est-à-dire claire et non entourée de difficultés, pour que le juge puisse facilement en constater l'existence et le montant.

Cette dernière disposition résout aussi bien que possible le difficile problème que la compensation n'a jamais cessé de soulever depuis son apparition : la conciliation harmonieuse du droit et de l'équité.

Justinien, en déclarant que la compensation devra s'effectuer à l'avenir de plein droit, se proclame l'auteur de cette importante innovation : « Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus » : La compensation, disent les Institutes d'une manière bien plus énergique, réduit ipso jure toutes les actions réelles ou personnelles : « Sed nostra constitutio eas compensationes quæ jure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant » ⁽¹⁵⁾.

Qu'a voulu dire Justinien en décidant que désormais la compensation aurait lieu ipso jure ? C'est là un point d'une extrême difficulté et peu de questions de droit ont fait noircir plus de papier. Ubelohde y a consacré tout un volume ⁽¹⁶⁾. Aussi nous

(15) L. 14. Cod. de Comp. — Institutes, de Ad., § 30.

(16) Ueber den Satz : ipso jure Compensatur, Goettingen, 1858.

n'étudierons pas les diverses opinions qui se sont fait jour ; cette étude serait extrêmement fastidieuse parce que tous les systèmes qui ont été mis en avant s'appuient sur des textes altérés ou mal compris.

Il est certain que ces mots « ipso jure » ont eu avant Justinien des significations diverses :

A l'époque du système formulaire, comme dans les actions de bonne foi, il rentrait dans l'office du juge d'opérer la compensation, on disait qu'elle y avait lieu ipso jure ; et ces mots paraissent avoir été employés par antithèse à la forme de la compensation dans les actions de droit strict où elle n'avait lieu que « via exceptionis ».

Mais quel est le sens de ces mots sous Justinien ? C'était autrefois une opinion commune que Justinien, par ces mots « ipso jure », avait créé le principe d'une compensation légale et décidé qu'elle s'opérerait désormais par la seule vertu de la loi, sans être opposée par les parties ni prononcée par le juge. C'est cette opinion soutenue par nos grands interprètes, Dumoulin, Duaren, Cujas, Pothier, qui, comme nous le verrons, a passé dans notre code civil.

Mais aucun des textes invoqués ne militent réellement en faveur du système de la compensation légale. On en trouve bien quelques-uns même à l'époque classique, d'où il semble résulter au premier abord que la compensation s'opère ipso jure, mais on en trouve aussi qui sont absolument inconciliables avec ce système. Si nous considérons les textes antérieurs à Justinien, ceux qui paraissent favorables au système de la compensation légale, doivent s'interpréter d'une

autre façon. D'ailleurs, s'il en était autrement, ils auraient fait remonter la compensation ipso jure à l'époque classique et donné ainsi un double démenti au témoignage des Institutes, d'après lesquelles Justinien serait l'innovateur de la compensation ipso jure, qui avant lui, s'opérait « exceptionis ope ».

Cette interprétation, il est vrai, n'empêchait pas que la compensation, de judiciaire, ne fût devenue légale sous Justinien, si c'était là le sens qu'il fallait donner à l'ipso jure de sa constitution.

Justinien, nous allons le voir en employant les mots « ipso jure », n'a pas voulu rendre légale la compensation :

1° Ce système amènerait à des résultats inadmissibles. Supposons deux créances, l'une liquide et l'autre contestée, mais égalant la première. Si le créancier de la créance liquide actionne son adversaire, ce dernier n'obtiendra pas la compensation, il sera renvoyé « ad separatum » pour défaut de liquidité de sa créance. La coexistence des deux dettes n'aura produit aucun effet.

Mais si le titulaire de la créance non liquide prend les devants et que son adversaire oppose la compensation, le juge sera obligé de l'admettre et alors les deux créances s'éteindront par le seul fait de leur coexistence. Ainsi, l'extinction des créances au moment où elles deviennent exigibles toutes les deux, dépendrait de la question de savoir qui des deux créanciers actionnera l'autre le premier.

2° La constitution se sert d'expressions inconciliables avec l'idée de compensation légale. Elle parle d'un

défendeur « qui opponit compensationem », mais elle parle aussi du juge : « qui admittit compensationem », ce qui implique naturellement que la compensation s'opère au moment du procès. Si elle résultait de la loi, le juge n'aurait qu'à la constater.

3° La compensation légale ne peut matériellement se produire qu'entre dettes de choses fongibles. Elle est donc impossible, non seulement dans les actions réelles, mais encore dans les actions personnelles où l'objet de la dette ne serait pas une somme d'argent. Or, non seulement Justinien n'exige pas la fongibilité qui n'était pas requise avant lui, mais encore il veut que la compensation puisse résulter de toutes les actions et avoir lieu, quelle que soit la nature des demandes principales et reconventionnelles.

Justinien n'a certainement pas eu l'intention de restreindre le nombre des actions que l'on peut opposer en compensation, sauf l'exigence de la liquidité. Voilà la raison décisive. Dans le dernier état du droit romain, la compensation s'opère normalement par une demande reconventionnelle : la Reconvention a absorbé la Compensation proprement dite, voilà ce qu'il ne faut jamais perdre de vue sous peine de s'égarer complètement.

Aussi de nos jours, tout le monde est-il à peu près d'accord pour reconnaître et soutenir que la Compensation n'a jamais été légale à Rome, pas plus sous Justinien qu'avant lui.

Les mots « ipso jure » signifient simplement que la compensation pouvait désormais être invoquée sans

l'emploi des formes de procédure antérieures, en particulier, sans exception de dol ⁽¹⁷⁾.

La compensation, la déduction, l'exception de dol, tous ces procédés ont été inventés pour donner au juge le pouvoir d'opérer la compensation. Maintenant, ce but est atteint, ce pouvoir, le juge le possède entièrement, et ce n'est plus par ces procédés surannés qu'il doit compenser.

De toutes ces saines subtilités, il ne doit rien rester. Ce n'est plus le prêteur avec ses actions et ses exceptions, c'est le droit civil lui-même dont l'Empereur est l'interprète suprême, c'est « l'ipsum jus » qui admet dans tous les cas la compensation. Justinien a fait comme l'architecte après les travaux de construction : « L'édifice construit, il a abattu l'échafaudage. »

L'ipso jure, nous pouvons le dire, est une instruction qui a été donnée aux compilateurs, c'est un programme qui leur a été tracé par Justinien ; malheureusement, ils ne l'ont pas compris.

(17) GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, p. 723.

CHAPITRE II

De la compensation dans l'ancien droit

SECTION I

Généralités

Il est curieux de remarquer que la compensation présente dans notre ancien droit des vicissitudes analogues à celles que nous avons remarquées dans le droit romain.

A Rome, son histoire nous a montré la jurisprudence luttant au nom de l'équité contre le droit formaliste des XII tables, son histoire dans notre ancien droit nous montre la lutte des légistes de la royauté et de l'Eglise contre le droit égoïste de la féodalité.

A l'origine, jusqu'à la fin du ^{xiii}^e siècle peut-être, sous l'empire des principes féodaux, la compensation est sévèrement interdite par respect pour un formalisme excessif et dans l'intérêt de la défense. La coutume féodale avait assujéti les procès à des formes nombreuses, nécessaires dans un temps où l'on n'écrivait rien et ces formes auraient été violées par l'introduction d'un second procès dans un premier. Mais il

faut voir dans l'obstination avec laquelle le droit féodal repousse pendant si longtemps la compensation une autre cause : le droit du moyen âge attache peu d'importance aux droits des obligations. A mesure que les relations sociales se développent, que les besoins et la richesse augmentent en même temps, ce droit prend une place plus importante dans les mœurs et dans la jurisprudence. La féodalité résiste à ce mouvement comme à tous ceux qui ne peuvent amener un progrès qu'en diminuant son influence et ses revenus.

La force de l'équité triomphe cependant de la résistance et fait admettre la compensation.

La lutte continue entre le principe de justice et d'utilité soutenue par le droit canon et par l'interprétation du droit romain et le formalisme féodal auquel s'ajoute l'intérêt fiscal des seigneurs justiciers tenant d'autant plus à conserver leurs profits pécuniaires que leur pouvoir politique tend à s'affaiblir.

A partir du ^{xiii}^e siècle le droit féodal se développe, se corrige, et se transforme sur bien des points. Les rois, les juges, la coutume apportent chaque jour de sensibles améliorations à la procédure. Le droit canon et le droit romain, soutenus par ses interprètes réunis dans une lutte opiniâtre contre le droit féodal, le forcent à reconnaître leur supériorité et font pénétrer leurs principes dans sa pratique. La préoccupation constante de ceux qui traitent du droit français est de se rapprocher de la législation romaine.

Au ^{xvi}^e siècle, la compensation est universellement admise, mais seulement devant les juridictions royales. La partie qui la propose doit se munir de lettres roya-

les, comme si elle avait besoin de faire lever un obstacle légal par l'intervention de l'autorité de la royauté souveraine maîtresse du royaume. La lutte du droit féodal contre le droit romain est terminée et sur bien des points le droit romain triomphe. Il reprend bientôt une vie nouvelle dans les écrits de ses interprètes, depuis les Glossateurs jusqu'à Bartole, depuis Bartole jusqu'à Cujas. Malheureusement il s'y altère un peu sous l'influence inévitable des institutions et des mœurs en vigueur, de l'esprit de système et des idées préconçues.

De nombreuses erreurs en effet, se sont souvent glissées dans l'esprit des commentateurs qui ne possédaient pas tous les documents dont nous disposons aujourd'hui et qui manquaient quelquefois de critique. Ils étaient pour la plupart animés d'un vif désir de battre en brèche les principes féodaux et plaçaient souvent à leur insu dans les lois romaines les systèmes contraires qu'ils cherchaient à faire prévaloir. Ils sont arrivés sur bien des points et particulièrement en ce qui concerne la compensation, à faire une histoire fausse et une théorie originale. Ils ont altéré le droit romain en voulant l'expliquer ou le compléter. Empruntant au Digeste à peu près toutes les règles de la compensation, ils en ont sans le vouloir changé la nature. Traduisant à la lettre les mot « ipso jure » ils ont, après de vives discussions, décrété que la compensation se réalisait au moment de la naissance des deux dettes par le seul effet de la loi, avec peut-être le secret désir de fortifier le principe lui-même, de lui donner l'autorité qui se refuse à une règle de procé-

dure et qui s'attache à une règle fondamentale et essentielle de droit naturel, en un mot de le mettre en état de lutter contre la résistance féodale et contre les exigences royales.

C'est ainsi que la doctrine de la compensation légale s'opérant sans le concours et à l'insu des parties, après avoir été vivement contestée, a été adoptée par tous les commentateurs qui ont cru reproduire une notion romaine. Elle a passé dans notre ancien droit français auquel les rédacteurs du code Napoléon l'ont emprunté sans penser un seul instant à en révoquer en doute ou l'origine ou la sagesse ou l'équité.

SECTION II

Doctrine des interprètes du droit romain depuis les Glossateurs jusqu'au dernier état du droit coutumier

Il est maintenant facile pour nos jurisconsultes modernes de critiquer après plusieurs siècles de recul, l'œuvre considérable accomplie par les anciens commentateurs. Leur tâche a été pourtant difficile à assumer et sur bien des points leurs erreurs sont excusables.

Les textes relatifs à l'Argentarius devaient fatalement égarer les premiers Glossateurs qui ne pouvaient soupçonner les particularités de l'action cum compensatione. Aussi s'explique l'erreur qui s'est introduite

dans leur esprit. Pour eux, l'opinion qui l'emportât était que la compensation se réalisait au moment de la naissance des deux dettes et part le seul effet de la loi⁽¹⁾.

Les Glossateurs ont tous admis que le principe « La compensation a lieu ipso jure » signifiait que l'extinction des créances réciproques avait lieu « sine facto hominis » ; mais les opinions variaient beaucoup sur la question de savoir si ce principe ne comportait pas des exceptions.

— Les uns, dont le plus célèbre docteur fut Martinus Gosia, niaient absolument la nécessité d'un acte quelconque pour l'extinction des deux créances. Pour eux la compensation opérait comme opère la confusion : La dette s'éteint quand le créancier devient débiteur de son débiteur, absolument comme elle s'éteint quand il devient son propre débiteur.

Mais cette doctrine fut vivement combattue par l'école de son rival Bulgarus, ayant à sa tête Johannes Bassianus, disciple de Bulgarus et maître d'Azon.

— Azon⁽²⁾ exigeait en principe que la compensation soit invoquée par l'une des parties pour qu'on puisse la considérer comme s'étant accomplie au moment de la coexistence des deux dettes. Il n'admettait d'extinction sans la réclamation d'une des parties que dans des cas spéciaux, par rapport aux intérêts. Ainsi il ne voyait dans la nécessité de l'opposition par l'une des parties rien qui empêchât de considérer les deux

(1) DERNBURG, pp. 281-291. — EISELE, pp. 214 et sq.

(2) Summa Azonis ht, § 13.

créances comme s'étant éteintes par leurs coexistence. Azon comme Martinus interprétait donc « ipso jure » comme synonyme de « sine facto hominis », seulement dans certains cas, cet effet ne se produisait qu'à la condition que la compensation soit opposée par l'une des parties. La plupart des Glossateurs suivirent la doctrine d'Azon, doctrine intermédiaire entre la théorie de la compensation légale et de la compensation judiciaire. Pour que la compensation s'opère, il faut qu'elle soit opposée ; mais alors elle opère de plein droit et rétroactivement. Le droit allemand a fait sienne cette théorie et c'est grâce à elle qu'il explique la nature juridique de la compensation.

Cependant cette théorie d'Azon ne réussit pas à satisfaire tout le monde.

— Bartole admit qu' « ipso jure » signifiait « sine facto judicis ». Pour que la compensation puisse s'opérer, il suffisait d'une déclaration extrajudiciaire du débiteur ⁽³⁾.

De là une théorie que l'on peut formuler ainsi : « La compensation opère depuis la déclaration du débiteur et non pas seulement à partir du jugement qui la reconnaît. »

— Richardus Malumbra, mort en 1334, enseignait que tout au moins dans le cas où d'un même acte naissaient deux actions directes en sens contraire elles s'éteignaient réciproquement sans aucun fait de l'homme.

— Nicolas Matarellus avait admis trois espèces de

(3) BARTOLUS, titre D. de Compens., ad. 4, 4.

compensation. Tantôt dans le cas de dol, de faute réciproque, dans le cas où des intérêts étaient dus réciproquement, la compensation s'opérait de plein droit. Tantôt l'acte du juge était nécessaire. Tantôt enfin, elle avait lieu avant le procès par la déclaration de l'une des parties. Ce système eut de la vogue, l'esprit du temps aimait ces distinctions ; il se complaisait dans les détails mais perdait de vue l'ensemble. Aussi Tyndarus revint à la doctrine de Martinus et la soutint énergiquement.

Au xvi^e siècle, la controverse se ranime sur la nature de la compensation.

— Alciat l'assimile au paiement : « Il n'est pas vrai, dit-il, que celui qui compense fasse autre chose que se défendre, puisque celui qui compense retient et que la rétention est une défense, car la compensation éteint la dette ipso jure. »

— Cujas enseigne aussi que la compensation résulte de la coexistence des deux dettes : « La compensation a lieu ipso jure, de sorte que si je vous dois cent et que vous me deviez soixante, ipso jure je ne vous dois plus que quarante. »

Son autorité fit prévaloir la doctrine de la compensation légale et depuis elle a régné en maître presque exclusivement dans les livres et dans la pratique. On concédait bien que le juge ne connaissait la demande reconventionnelle que parce que le défendeur l'invoquait, mais on croyait que le juge devait compenser même sans en être requis par les parties. Dans un ouvrage écrit en 1787 par M. P.-A. Avignon (*Traité des successions, obligations, enrichi d'un grand nom-*

bre d'arrêts récents du Parlement de Toulouse), nous trouvons la doctrine de Cujas exposée en ces termes : « Il est vrai que le juge ne peut admettre la compensation, si elle n'a pas été opposée ; si par exemple celui qui était mon créancier de six cents livres et qui depuis est devenu mon débiteur de quatre cents livres, forme une demande contre moi pour le paiement des six cents livres, je serai obligé pour repousser en partie sa demande, de lui opposer la compensation pour la somme de quatre cents livres, sans quoi le juge qui voit son titre de créance et qui ne peut deviner le mien, ne manquera pas de me condamner au paiement des six cents livres. Il faut donc que la compensation soit opposée pour que le juge l'admette. Mais cela ne détruit pas le principe que nous avons établi : « *ipso jure fieri compensatione* » ; car opposer en ce sens la compensation c'est seulement instruire le juge qu'elle s'est faite et le juge en l'admettant déclare seulement que la compensation a eu lieu et que les dettes respectives ont été éteintes aussitôt que les qualités incompatibles du créancier et du débiteur se sont trouvées réunies sur la même tête. »

A la vérité on a toujours rencontré quelques écrivains restés fidèles à la théorie d'Azon, mais leur voix se perdait dans la masse des partisans de la compensation légale.

— Doneau en particulier soutient la doctrine de la compensation judiciaire; cette compensation, dit-il ⁽⁴⁾, tient lieu de paiement mais à condition qu'elle ait été

(4) *De jure civili*, lib. XVI, c. 15, n° 2.

d'abord admise en justice contre celui qui veut demander ce qui lui est dû.

— Domat, au xvii^e siècle, se prononce énergiquement pour le principe de la compensation légale : « La compensation étant naturelle, dit-il ⁽⁵⁾, elle a d'elle-même son effet et de plein droit, quoique ceux qui peuvent compenser ne s'en avisent pas et quand même l'un et l'autre ignoreraient les dettes qu'ils ont à compenser, car l'équité et la vérité font que chacun d'eux étant en même temps créancier et débiteur de l'autre, ces qualités se confondent et s'anéantissent.

— Ferrière définit la compensation, une exception par laquelle le défendeur poursuivi pour le paiement d'une dette, demande qu'elle soit diminuée ou entièrement éteinte par une autre qui lui est due par le demandeur ⁽⁶⁾. Mais il n'en professe pas moins qu'elle a lieu « ipso jure ».

En France, au xviii^e siècle, l'autorité de Pothier tranche la question. S'appuyant sur les arguments de Tyndarus, il affirme que la compensation se produit de plein droit, sans avoir besoin d'être opposée par le débiteur, ni prononcée par le juge ⁽⁷⁾ : « Placuit id quod invicem debetur ipso jure compensari ⁽⁸⁾. Il ne fait plus aucune distinction entre les dettes qui procèdent des contrats de bonne foi et celles qui procèdent des contrats de droit strict, comme le faisait l'ancien droit romain. Cette différence entre les contrats « bonae fidei et stricti juris » a été abrogée par

(5) *Lois civiles*, liv. IV, sect. I, n^o 4.

(6) Sur l'article 105 de la coutume de Paris, n^o 1.

(7) POTHIER, *Traité des obligations*, t. III, p. 488.

(8) IV, 21, de compensatione.

Justinien qui avait déclaré dans sa constitution que désormais la compensation s'opérerait *ipso jure*. « Lorsqu'on dit que la compensation a lieu *ipso jure*, affirme Pothier, cela signifie qu'elle s'opère par la seule vertu de la loi sans qu'elle ait été prononcée par le juge ni même opposée par aucune des parties... Je ne suis obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge que la compensation s'est faite, de même que lorsque quelqu'un me demande une dette que j'ai payée, je suis obligé pour instruire le juge d'opposer et de rapporter les quittances. »

Aussitôt que celui qui était créancier d'une personne devient son débiteur, aussitôt que celui qui était son débiteur devient son créancier d'une somme susceptible de compensation avec celle dont il était débiteur, la compensation se fait et les dettes respectives sont dès lors éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible par la seule vertu de la loi.

Cette interprétation des mots « *ipso jure* » est conforme à l'explication que tous les Glossateurs donnent à ces termes : « *ipso jure fieri dicitur*, dit Brisson, *quod ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio et sine exceptionis ope fit...* » *Verba ipso jure*, dit Spigilius, *intelliguntur sine facto hominis*.

« Notre principe que la compensation éteint les dettes *ipso jure potestate* est établi, dit Pothier, non seulement par les termes d'*ipso jure* dont se servent les lois, termes auxquels à la rigueur on peut donner un autre sens, mais encore par les effets que les textes de droit donnent à la compensation. Par exemple

Paul ⁽⁹⁾ dit que si mon créancier me demande la somme entière dont il était créancier sans m'offrir la déduction de celle dont il est devenu mon débiteur, il encourt par cette demande la peine de la plus petition : « si totum petat, plus petendo, causa cadit ».

Pothier énumère ensuite les effets de la compensation qui établissent et consolident le principe de l'extinction des dettes ipso jure. Ces effets sont au nombre de quatre ; nous allons rapidement les passer en revue :

« Si mon créancier auquel j'ai donné des effets en
« nantissement, est devenu mon débiteur, je puis ré-
« péter les dits effets, en lui offrant seulement ce que
« je lui dois de plus qu'il ne me doit.

« Si vous aviez contre moi une créance d'une cer-
« taine somme d'argent qui produisait des intérêts
« par sa nature et que vous fussiez depuis devenu mon
« débiteur d'une somme d'argent, ma créance, quoi-
« que n'étant pas de nature à produire des intérêts,
« sera censée par la seule vertu de la compensation
« avoir acquitté la vôtre jusqu'à due concurrence, du
« jour où vous êtes devenu débiteur, et dès ce jour
« les intérêts auront cessé de courir.

« Quoique mon créancier ne puisse être obligé de
« recevoir pour partie le paiement réel que je voudrais
« lui faire, s'il est cependant devenu mon débiteur
« d'une somme moindre que celle que je lui dois, il
« est obligé de souffrir l'acquittement partiel de sa
« créance qui se fait en ce cas par la seule vertu de
« la compensation.

(9) Sent., II, 5, 3.

« Si j'étais votre débiteur de trois mille livres pour
« trois différentes causes et que depuis je fusse devenu
« votre créancier de la somme de mille livres, la com-
« pensation de la créance de mille livres que j'ai
« acquise contre vous, doit se faire avec celle des trois
« dettes que j'ai le plus d'intérêt à acquitter. La raison
« est que la compensation tenant lieu de paiement,
« comme le paiement elle doit se faire sur celles des
« dettes que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter. »

Et Pothier d'ajouter : « Si celui qui était mon créan-
« cier d'une certaine somme, est devenu depuis mon
« débiteur d'autant et que nonobstant la compensa-
« tion qui a éteint de plein droit nos créances respec-
« tives, je l'ai payé, je répéterai la somme que je lui
« ai versée comme non due par l'action qu'on appelle
« la *condictio indebiti* », c'est ce qu'a décidé Ulpien
« quand il a dit : « *Si quis compensare potens solverit,*
« *condicere poterit quasi indebitum soluto.* »

Maintenant, à l'encontre des textes de droit qui ont été opposés au principe de la compensation s'effectuant de plein droit, dans lesquels il est parlé de la compensation opposée contre la demande d'un créancier et des compensations admises ou rejetées par le juge, Pothier affirme qu'ils ne décident rien contre son principe et il ne faut pas conclure que la compensation doit être opposée ou prononcée pour qu'elle puisse avoir lieu. Il est vrai que si celui qui était créancier d'une certaine somme et qui depuis est devenu débiteur d'autant, forme une demande pour le paiement de cette somme, l'adversaire pour se défendre de sa demande sera obligé de lui opposer la compen-

sation de la somme dont il est devenu débiteur, sans cela le juge qui verrait son titre de créance mais qui ne peut pas deviner le titre de créance de l'adversaire, ne manquerait pas de faire droit à sa demande. Mais on ne peut pas du tout en conclure que la dette n'ait pas été acquittée par la compensation dès avant qu'elle ait été opposée. On n'est obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge qu'elle s'est produite.

L'autorité de Pothier trancha définitivement la question relative à la nature juridique de la compensation. La lutte plusieurs fois séculaire du droit et de l'équité s'apaise enfin et l'équité triomphe sur le droit. La compensation est maintenant partout admise et si les lettres royales sont encore nécessaires pour l'invoquer, elles ne sont plus qu'une simple formalité qui disparaîtra au cours de la Révolution.

Le droit romain, inlassablement soutenu depuis le ^{xiii}^e siècle par ses interprètes, vainqueur du droit féodal, reprend une vie nouvelle et devient la source féconde où vont puiser nos anciens jurisconsultes et d'où sortira presque entièrement le code Napoléon.

C'est au nom et par l'influence du droit romain que ce progrès vers l'équité s'est accompli. Malheureusement ses commentateurs, aveuglés par le désir de le faire triompher sur le droit féodal et croyant lui rester fidèles, ont altéré sans le vouloir son caractère et son esprit. Peu à peu et comme par une marche insensible, la compensation a changé de nature juridique et s'est transformée.

Justinien, nous l'avons vu, en employant les mots « *ipso jure* » n'a pas voulu rendre légale la compen-

sation qui doit toujours être opposée par les parties, mais donner désormais au juge plein pouvoir pour l'opérer.

Cujas, Domat et particulièrement Pothier, traduisant à la lettre les mots « ipso jure », ont cru trouver dans le droit romain la doctrine d'une compensation légale et lui ont prêté l'immense autorité de leur nom.

Leur erreur a passé en 1804 dans l'esprit des rédacteurs du Code civil qui ont proclamé dans l'art. 1290, en termes absolus, le caractère légal de la compensation.

DEUXIÈME PARTIE

De la compensation dans le droit français actuel

La compensation peut s'opérer de différentes façons : soit de plein droit et en vertu de la loi, soit par accord entre les parties, soit par décision de justice.

Les rédacteurs du Code civil, fidèles à la doctrine de Pothier, ont regardé la compensation comme un véritable mode d'extinction des obligations, comme un paiement fictif s'opérant par la seule volonté de la loi. L'article 1289 s'exprime en ces termes : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes de la manière et dans les cas ci-après exprimés. »

L'article 1290 développe la même idée : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

Le principe de la compensation légale dans notre Code civil est donc nettement posé à deux reprises.

Il n'entrait pas dans l'esprit des rédacteurs du Code civil qu'on pût en adopter un autre. C'était, selon eux, celui du droit romain, comme c'était celui qui avait prévalu dans notre ancien droit.

Toutefois chacune de ces trois formes de compensation présente son utilité propre. Il est évident que les parties peuvent toujours par convention régler leur situation comme il leur plaît. Mais il est bon aussi que dans certains cas et moyennant certaines précautions, la compensation s'opère d'elle-même en dehors des parties, lorsqu'elles auraient dû le vouloir. C'est une simplification qui écarte toute discussion et le risque de mauvaise volonté de l'une d'elles. Enfin lorsqu'une des conditions de la compensation légale n'est pas remplie actuellement mais peut l'être à la suite d'une décision judiciaire, il est naturel que la compensation puisse être alors accordée par la Justice.

Bien que la loi ne parle pas expressément de ce dernier mode de compensation, elle l'implique cependant. Dans la discussion au Conseil d'Etat de l'art. 1293, Tronchet distinguait nettement deux sortes de compensation, quand il s'exprimait en ces termes : « Il ne faut pas confondre la compensation de droit avec la compensation judiciaire » (1).

C'est à l'étude de la compensation en droit français, envisagée sous sa forme légale, conventionnelle et judiciaire, que nous consacrerons la deuxième partie de cet exposé.

(1) *Locré*, t. XII.

CHAPITRE I

De la compensation légale

La compensation légale, la seule, nous l'avons dit, dont le législateur s'est occupé, est celle qui a lieu de plein droit en vertu des dispositions de la loi : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre, dit l'article 1289, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés. »

Nous étudierons successivement les conditions requises pour que la compensation légale puisse s'opérer ; les créances qui à raison de la faveur qu'elles méritent sont exceptées de la règle de la compensation légale ; comment s'opère cette compensation et quels sont ses effets.

Chacune de ces questions fera l'objet de sections différentes.

SECTION I

Des conditions de la compensation légale

Quatre conditions, qui toutes se rattachent avec la rigueur d'un corollaire au principe que la compensation doit produire aux parties l'équivalent d'un paie-

ment, sont nécessaires pour que la compensation légale puisse avoir lieu.

1° Les deux obligations doivent exister entre les deux mêmes personnes ;

2° Elles doivent avoir pour objet de l'argent ou des choses fongibles de la même espèce ;

3° Elles doivent être liquides ;

4° Elles doivent être exigibles.

§ I. — RÉCIPROCITÉ ET PERSONNALITÉ DES CRÉANCES

La compensation s'opère, nous dit l'art. 1289 du Code civil, lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre. C'est la condition essentielle.

Ces expressions sont cependant insuffisantes ; la caution est bien débitrice de celui envers qui elle garantit un débiteur principal et cependant si elle acquiert une créance contre lui, la compensation ne peut plus s'opérer car d'après l'art. 1294, alinéa 2, le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Et si ce mode d'extinction avait déjà produit son effet il aurait incontestablement le droit de s'en prévaloir.

Par la même raison, il ne faut pas dire que les créances et les dettes à compenser doivent être personnelles à celui qui oppose la compensation et à celui auquel elle est opposée. La dette résultant du cautionnement est personnelle à la caution et cependant elle ne se

compense pas avec la créance de celle-ci. Il arrive souvent que la compensation accomplie est opposée par des tiers auxquels les créances et les dettes compensées n'étaient nullement personnelles.

La meilleure explication des termes trop vagues de l'art. 1289 nous est donnée par MM. Aubry et Rau ⁽¹⁾ qui s'expriment en ces termes : « Le créancier de l'une des obligations doit être débiteur personnel et principal de l'autre obligation et réciproquement le créancier de celle-ci doit être débiteur personnel et principal de celle-là. »

Et tout d'abord il faut que le créancier de l'une des obligations soit débiteur personnel de l'autre :

— *Il est évident qu'il ne pourrait y avoir de compensation là où manque la réciprocité d'obligations.* Ainsi l'avoué qui a obtenu la distraction des dépens à son profit ne peut se voir opposer en compensation par le plaideur condamné aux dépens, la créance que ce dernier peut avoir sur l'autre plaideur ⁽²⁾.

— *De même lorsque la partie admise au bénéfice de l'assistance judiciaire gagne son procès, l'administration devient créancière personnelle des dépens envers la partie condamnée et par conséquent il ne peut s'opérer de compensation entre cette créance et les sommes dont la partie condamnée est créancière envers la partie gagnante* ⁽³⁾.

— *Il ne peut non plus y avoir compensation entre*

(1) Tome IV, p. 380, 4^e. Civ., 14 mars 1860, *D. P.*, 60, I, 171 ; Req., 20 avril 1885, *D. P.*, 85, I, 193 ; Civ., 5 novembre 1901, *D. P.*, 1902, I, 92.

(2) Besançon, 23 février 1872, *D.*, 73, III, 274.

(3) Loi du 22 janvier 1851, art. 18. Rouen, 30 juin 1857, *S.*, LVIII, 2, 348.

les obligations personnelles de l'administrateur et les obligations de celui dont il administre les biens, par exemple entre la créance du tuteur sur un tiers et la dette du pupille envers ce tiers, ni réciproquement entre la dette du tuteur et la créance du pupille ⁽⁴⁾ ; ou entre ce que doit une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire et ce qui est dû à l'héritier bénéficiaire ⁽⁵⁾.

Dans tous ces cas, les deux obligations réciproques ne lient pas les mêmes personnes.

— *Le débiteur d'une société* ne peut opposer en compensation la créance qu'il a sur un des associés ⁽⁶⁾. Une société commerciale et chacun des associés forment des personnes distinctes : les dettes de l'un ne peuvent rentrer en balance avec les créances de l'autre ⁽⁷⁾.

— *Dans les marchés de bourse*, l'interposition des agents de change empêche la compensation entre ven-

(4) Civ., 11 mars 1902, *D.*, 1902, I, 168 ; *S.*, 1905, I, 487.

(5) AUBRY et RAU, § 326, p. 381, n° 20 bis : L'héritier bénéficiaire simple administrateur des biens de la succession jusqu'à la reddition du compte (art. 803) ne peut prétendre que la dette personnelle dont il est tenu vis-à-vis d'un tiers se compense de plein droit avec la créance que la succession aurait contre ce tiers. Le contraire a cependant été jugé par la Cour de Caen (10 mars 1884, *D.*, 85, 2, 9) sous prétexte que le bénéfice d'inventaire et la séparation de patrimoines qui en résulte n'ont d'effet que relativement aux rapports de l'héritier avec les créanciers et les légataires de la succession et qu'ils ne modifient pas sa situation au regard des tiers. Mais il suffit pour réfuter un semblable raisonnement de faire remarquer que l'héritier bénéficiaire ne pouvant employer les fonds de la succession au paiement de ses dettes personnelles ne saurait davantage éteindre les dites dettes au moyen d'une compensation qui diminuerait le gage des créanciers successoraux tout autant qu'un prélèvement d'espèces (DURANTON, t. 12, n° 413-418).

(6) Req., 20 avril 1885, *D.*, 85, I, 198 ; *S.*, 85, I, 295. Civ., 7 février 1905, *D.*, 1905, I, 432 ; *S.*, 1906, I, 15.

(7) M. TROPLONG, *Du contrat de Sociétés*, n° 79.

deur et acheteur, puisque l'un est créancier ou débiteur non de l'autre, mais de l'agent de change ⁽⁸⁾.

— *L'Etat ne constitue* qu'une personne morale unique malgré les subdivisions internes de ses services. Cependant la compensation n'est pas admise lorsque la créance et la dette de l'Etat ne relèvent point du même service. Ce n'est que si la même régie financière est créancière et débitrice que la compensation peut jouer ⁽⁹⁾ ; il y a là une particularité qui se rattache uniquement aux règles de comptabilité de l'Etat.

— *Le mandat a donné lieu* à ce point de vue à des questions délicates : Qu'il puisse y avoir compensation du mandataire au mandant lorsqu'ils sont réciproquement obligés, cela va de soi. La compensation s'opère également quand le mandataire créancier du mandant pour une cause quelconque devient débiteur par l'accomplissement du mandat, mais la jurisprudence exige que l'affaire concerne le mandant lui-même ou du moins le mandataire doit penser qu'elle le concerne. Mais que décider lorsque le mandataire s'est substitué quelqu'un dans sa gestion ? Quels sont les droits du substitué en matière de compensation ? Pourra-t-il compenser avec le mandataire substituant, ne le pourra-t-il qu'avec le mandant ? La jurisprudence semble admettre qu'il pourra toujours compenser avec le mandant puisqu'en vertu de l'art. 1994 du Code civil le mandant a contre lui une action directe.

(8) Req., 3 mai 1887, *D.*, 87, I, 196 ; *S.*, 90, I, 303.

(9) Civ., 12 janvier 1841, *D.*, 41, I, 7 ; *S.*, 41, I, 129 ; 27 novembre 1872, *D.*, 73, I, 203 ; Trib. Civ. Aix, 5 novembre 1923, *Gazette des Trib.*, 4 juin 1924 (un individu débiteur de contributions directes ne peut opposer en compensation l'indemnité qui lui est due pour réquisition d'un immeuble par l'armée).

La question est plus délicate quand on étudie la compensation dans les rapports du substitué et du mandataire substituant. Il faut ici distinguer deux cas : Le substitué ignore-t-il ou sait-il qu'il n'agit plus pour le compte personnel du substituant mais pour celui du mandant. Si le substitué ne sait pas qu'il agit pour un tiers, pour le premier mandant, la compensation a lieu entre lui et le premier mandataire de qui lui-même tient son mandat ⁽¹⁰⁾. S'il connaît au contraire cette circonstance, la compensation évidemment ne peut plus s'établir qu'avec le premier mandant, non avec le premier mandataire qui n'est à ses yeux que le second mandant ⁽¹¹⁾.

De même une personne qui reçoit d'une autre un double mandat concernant deux affaires distinctes, deux tiers distincts, ne saurait prétendre que la créance née à son profit de l'une des opérations se balance avec la dette mise à sa charge par l'autre.

Il n'en est pas du commissionnaire comme du mandataire à cause des règles spéciales qui régissent le contrat de commission ; le commissionnaire étant seul et directement obligé envers le tiers avec qui il traite pour autrui, c'est toujours entre eux que la compensation a lieu ⁽¹²⁾.

(10) Lyon, 7 décembre, S., LX, 2, 206.

(11) Cass., 20 avril 1859, S., LIX, 1, 298.

Voir en matière d'effets de commerce Cass., 27 déc. 1879, S., XX, 1, 143. Celui qui reçoit par l'intermédiaire d'un tiers un billet pour en opérer le recouvrement dans l'intérêt du propriétaire, ne peut compenser la somme avec ce que lui doit le tiers qui lui a transmis l'effet, surtout quand le billet a été passé directement à son ordre par le propriétaire, il a été réellement le mandataire du propriétaire et non celui du tiers intermédiaire.

(12) Cass., 18 janvier 1854, D., 54, I, 241.

— *Par la même raison*, quand le mandataire se trouve personnellement responsable envers les tiers des suites de son mandat, la compensation ne peut s'établir entre celui avec qui ce mandataire a traité et le mandant. Ainsi les commissaires-priseurs et les huissiers étant personnellement responsables en vertu de l'art. 625 du C. P. C. du prix des adjudications faites par leur ministère, il n'y a pas de compensation possible entre le propriétaire des meubles vendus et l'adjudicataire (13).

— *Le mari et la femme* ne font-ils qu'une seule et même personne au point de vue de la compensation ? Il faut distinguer suivant les différents régimes matrimoniaux adoptés par les époux.

Supposons d'abord la femme créancière de la personne dont son mari est débiteur. Dans quel cas la créance de la femme éteindra-t-elle par compensation la dette du mari ?

Sous le régime de la communauté légale, la créance de la femme comme la dette du mari tombant également dans la communauté, celle-ci se trouve à la fois créancière et débitrice et la compensation s'opère sans difficulté. Il ne faut pas oublier la grande idée directrice du régime de la communauté légale : Toute dette du mari née pendant le mariage, quelle qu'en soit la source, est commune et oblige la communauté.

Mais c'est une question beaucoup plus délicate que celle de savoir si la compensation s'établit de même au profit du mari débiteur avec les créances qui appar-

(13) Cass., 6 novembre 1860, *D. P.*, 61, 1, 86.

tenant à la femme ne tombent pas en communauté. Que décider sous le régime sans communauté où le mari a le droit de percevoir tout le mobilier de la femme et en jouit ⁽¹⁴⁾ ; sous le régime dotal quand la créance de la femme fait partie de la dot ⁽¹⁵⁾.

Dans notre ancien droit, au moins dans le ressort du Parlement d'Aix, c'est-à-dire dans le pays par excellence de la dotalité, on distinguait suivant que le mari était ou non solvable à la dissolution du mariage. Si le mari était solvable, le débiteur de la femme avait pu valablement compenser. Si l'insolvabilité du mari interdisait à la femme l'espoir de recouvrer sa créance, il n'avait pas été libéré par la compensation et la créance renaissait au profit de la femme. Cette question, considérée comme très délicate, faisait « balancer l'esprit entre la rigueur du droit et l'équité » ⁽¹⁶⁾, suivant l'expression imagée de Duperrier.

Aujourd'hui et sous l'empire du Code civil, la compensation légale de la créance dotale et de la dette du mari est admise par la plupart des auteurs et par une jurisprudence unanime ⁽¹⁷⁾. Que le mari soit ou non solvable à la dissolution du mariage, la femme ne peut plus réclamer des tiers ses créances dotales ainsi compensées. « Est-ce que le mari et la femme ne sont pas les mêmes personnes, est-ce que la femme n'est pas dans l'acte du mari, est-ce que les tiers ne contractent

(14) Art. 1581 du Code civil.

(15) Art. 1549 du Code civil.

(16) DUPERRIER, liv. III, quest. 5.

(17) DURANTON, t. XII, n° 425. — PONT et RODIÈRE, *Contrat de mariage*, t. II, n° 573. — Caen, 16 juillet 1854, S., LVI, 2, 180. — Rouen, 4 mars 1837, *Journal du Palais*, 1839, II, p. 525.

pas avec la femme en contractant avec le mari chargé de la dot, investi à cet égard du droit de maître ? N'est-il pas de règle que lorsque le mandataire a agi en son propre nom et comme maître de la chose, les débiteurs puissent compenser avec lui ce qu'ils doivent au mandant » ⁽¹⁸⁾.

« En vain soutiendrait-on, a dit la Cour de Caen
« dans un arrêt rendu sur la question. qu'il n'y a pas
« là deux personnes débitrices l'une envers l'autre,
« parce que le mari étant le seul qui ait le droit de
« poursuivre le recouvrement des deniers dotaux, le
« débiteur des deniers de la femme est réellement son
« débiteur et non celui de la femme à qui la loi ne
« donne aucune action... Ce n'est pas d'ailleurs com-
« me un mandataire de la femme que le mari a le
« droit de recevoir les deniers dotaux, mais en vertu
« d'un titre qui lui est propre, dont il est investi direc-
« tement par la loi et qui le constitue créancier per-
« sonnel de ceux qui en sont débiteurs. »

Quelle que soit l'idée que l'on se fasse de la nature des droits du mari sur la dot mobilière, il paraît difficile de lui refuser le droit de compensation. Lui seul en effet peut exercer les actions, lui seul peut recevoir des capitaux et en donner décharge. Par conséquent si nous le supposons débiteur du débiteur de sa femme, il peut incontestablement, après avoir exigé de ce débiteur le paiement de la créance dotale, lui remettre immédiatement la somme par lui versée, en acquittement de sa propre dette. Pourquoi donc lui refuserait-on le droit d'opérer la compensation ?

(18) TROPLONG, *Contrat de mariage*, t. IV.

En ce qui concerne les revenus dotaux, la question est facile à trancher : Ces revenus sont sans nul doute la propriété du mari et dès lors ils se compensent sans difficulté avec ses dettes ⁽¹⁹⁾.

Sous le régime de séparation de biens ou sous le régime dotal, quand la créance de la femme est paraphernale, toute compensation est évidemment impossible à moins que la femme ne cède sa créance à son mari.

Supposons maintenant le mari créancier de la personne dont sa femme est débitrice.

Le débiteur du mari ne pourra évidemment se prévaloir d'une compensation que dans le cas où le mari est tenu de répondre des dettes de sa femme, par exemple sous le régime de la communauté légale s'il s'agit d'une dette de la femme antérieure au mariage ou dépendant d'une succession à elle échue pendant le mariage et acceptée du consentement du mari, ou provenant d'une obligation contractée par la femme avec le même consentement ⁽²⁰⁾.

Le débiteur du mari pourrait encore invoquer la compensation d'une dette qui serait une charge de la dot de la femme mariée sous le régime dotal, ou même au cas de séparation des dettes, d'une dette de la femme s'il y avait eu sans inventaire ou était authentique préalable, confusion dans la communauté du mobilier apporté par la femme ou à elle échu depuis ⁽²¹⁾.

La compensation de ce qui est dû au défunt ou par

(19) Bastia, 26 février 1855, S., LV, 2, 207.

(20) Art. 1409, 1411, 1416, 1419 du Code civil.

(21) DURANTON, t. II, n° 415 et sq.

le défunt avec ce qui est dû par l'héritier ou à l'héritier, s'opère à l'instant du décès. Ce n'est pas à proprement parler une compensation mais plutôt une confusion provenant de la réunion sur la même tête de deux qualités qui s'excluent.

Toutefois l'héritier bénéficiaire qui par son acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, ne confond pas ses biens propres avec ceux de la succession et conserve toujours le droit de réclamer le paiement de ses créances, ne peut opérer la compensation entre la créance de la succession sur un tiers et sa propre dette envers ce tiers, ni réciproquement entre sa créance et la dette de la succession.

La compensation ne peut-elle pas exister entre deux personnes tenues de dettes l'une envers l'autre mais à raison de qualités différentes ? Un héritier par exemple qui est tenu de rapporter à ses co-héritiers le don qui lui a été fait par l'auteur commun, mais qui est créancier à un titre quelconque de la succession, ne peut-il pas invoquer et opérer la compensation pour se dispenser du rapport ? La Cour de Paris a décidé que les héritiers tenus au rapport des dons à eux faits ne peuvent compenser le montant de ces rapports avec les créances qu'ils peuvent avoir à exercer contre la succession, parce que s'ils sont créanciers de la succession, ils ne sont débiteurs que des co-héritiers. La réciprocité des créances, première condition et condition essentielle de toute compensation, fait défaut.

« Attendu, dit l'arrêt, que le rapport est dû aux
« co-héritiers et non aux créanciers de la succession ;
« que le créancier héritier pur et simple n'a pas plus

« que les autres créanciers de la succession un droit
« direct sur les rapports ; que l'admettre à compren-
« dre d'abord sa créance avec le droit qu'il doit rap-
« porter, ce serait contre le texte de la loi, faire payer
« un créancier sur un objet rapporté ⁽²²⁾. »

Il faut attendre que les objets soient, par suite du rapport, tombés dans le patrimoine des héritiers débiteurs personnels, pour que leur co-héritier créancier de la succession exerce ses droits.

La réciprocité de créance ne suffit pas pour que la compensation puisse s'opérer. Il faut non seulement que le créancier de l'une des obligations soit débiteur personnel mais encore débiteur principal de l'autre et que le créancier de celle-ci soit débiteur principal de la première.

Le législateur a fait lui-même dans les articles 1294 et 1295 trois applications spéciales de ce principe général en ce qui concerne le cautionnement, la solidarité et la cession de créance.

En cas de cautionnement ou de solidarité, l'un des débiteurs peut-il opposer en compensation au créancier ce que celui-ci doit à l'un d'entre eux ? Bien entendu, si celui qui est poursuivi est le même qui se trouve par ailleurs créancier, la compensation n'est pas douteuse. Mais la communauté d'intérêts permet-elle aux autres de se prévaloir de sa créance ? La solution ne saurait être la même dans les deux cas envisagés.

En matière de cautionnement il faut tenir compte

(22) Paris, 16 mars 1850, S., L, 2, 321.

de ce que la caution n'est qu'un débiteur de deuxième ligne et que son engagement n'est qu'accessoire à celui du débiteur principal. Si par conséquent le débiteur principal ne peut opposer en compensation ce que le créancier doit à la caution, l'inverse n'est pas vrai : La caution peut se prévaloir de ce que le créancier doit au débiteur principal, comme elle peut invoquer les exceptions inhérentes à la dette qui influent sur son existence ⁽²³⁾.

En cas de solidarité, l'article 1294 écarte le droit pour l'un des débiteurs de se prévaloir de la créance appartenant à un autre. L'exception de compensation est purement personnelle et ne peut être opposée par les co-débiteurs, même pour la part de celui au profit duquel elle existe. Cette solution est discutable législativement ; on concevrait que les autres fussent admis à invoquer la compensation tout au moins pour la part de celui d'entre eux du chef duquel elle se produit, ainsi qu'il en est pour la remise de dette. C'est surtout pour éviter que le co-débiteur créancier se trouve mêlé malgré lui à un procès sur l'existence de sa créance que l'on a admis la solution de l'inopposabilité totale ⁽²⁴⁾.

En principe, la cession de la créance a pour effet de priver le débiteur du droit qu'il avait d'opposer la compensation à raison de ce qui lui était dû par le

(23) Tandis que la personne qui a cautionné doit, en sa qualité de caution, c'est en son nom propre qu'elle est créancière, et, par suite les deux dettes dont il s'agit ne sont pas personnelles et principales.

(24) AUBRY et RAU, IV, § 298 *ter*, texte et note 19. Ces auteurs admettent que la compensation peut être invoquée par les autres jusqu'à concurrence de la part dans la dette de celui qui est en même temps créancier. — Contra : DEMOLOMBE, XXVI, n° 400 et BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, III, n° 1816.

cédant. Il y a lieu toutefois de distinguer suivant que le débiteur cédé a ou non accepté la cession.

— Lorsque le débiteur a accepté la cession purement et simplement, c'est-à-dire sans faire de réserves, il ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. Il en est ainsi, alors même que le débiteur cédé aurait ignoré, au moment où il acceptait la cession, l'existence à son profit d'une créance qui se compensait avec celle du cédant. L'article 1295, alinéa 1^{er}, est en effet conçu en termes absolus qui excluent toute distinction. La cession produisant tous ses effets et la compensation étant réputée non avenue, l'ancienne créance revit, du moins dans les rapports entre le cédé et le cessionnaire. Il en résulte que si elle était garantie par un titre exécutoire, le cessionnaire pourrait invoquer ce titre. Mais il ne peut en aucun cas se prévaloir au préjudice des tiers des accessoires qui avant la compensation étaient attachés à la créance du cédant. En effet l'article 1295 dit bien que le débiteur ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation, mais il n'a pas pour effet de faire revivre au détriment des tiers, une compensation qui à leur égard est considérée comme définitive.

— Lorsque le débiteur cédé n'a pas accepté le transport, il ne peut pas opposer au cessionnaire la compensation des créances nées à son profit contre le cédant postérieurement à la notification du transport, car à partir de cette notification le transport lui est opposable. Mais jusque-là, le cédé est en droit de se considérer comme débiteur du cédant ; s'il devient

son créancier, la compensation s'opère de plein droit et il peut l'opposer au cessionnaire encore qu'il ait reçu personnellement la notification sans protestation ni réserves. La compensation peut à plus forte raison être opposée lorsqu'il s'agit de créances nées au profit du cédé contre le cédant, antérieurement à la cession elle-même.

§ II. — IDENTITÉ D'OBJET DES DEUX DETTES

L'article 1291, alinéa 1^{er}, est ainsi conçu : « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce. »

La compensation est un paiement abrégé ; si la chose due par l'un ne pouvait être remplacée par celle dont l'autre est redevable et que la compensation s'opérât néanmoins, chacune des parties serait réduite à retenir en paiement une chose autre que celle qui lui serait due. Il faut avant tout qu'il y ait identité parfaite dans les choses réciproquement dues. La loi exige donc que les deux dettes aient pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, ce qui veut dire de quantité de même nature ⁽²⁵⁾.

Toutefois la manière dont est rédigé l'article 1291 nous paraît un peu défectueuse. Il semble qu'en s'ex-

(25) Req., 22 novembre 1899, *D.*, 1900, I, 14.

primant ainsi, il ait voulu dire que deux créances de sommes d'argent n'ont pas pour objet une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce.

Ce qui caractérise les choses fongibles, c'est qu'elles peuvent se remplacer les unes par les autres : « *Quarum una ejusdem generis alterius vice fungitur et videtur idem esse* ». Ainsi les grains, les liqueurs, l'argent, sont choses fongibles car ils se consomment par l'usage et peuvent être remplacés par d'autres de même nature, qualité, et quantité. Or les sommes d'argent ne sont-elles pas des choses fongibles par excellence ?

Les rédacteurs du Code civil en disant que la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, ont signalé d'une manière spéciale le cas qui se présentait le plus fréquemment dans la pratique sans penser un moment qu'il rentrait lui-même dans l'expression générale dont ils allaient se servir.

Il ne faut pas oublier la distinction qui a toujours existé entre les choses qui se consomment par le premier usage et les choses fongibles. La volonté des parties peut rendre fongible une chose qui ne l'est pas naturellement et vice versa. Sous le Code civil comme dans notre ancien droit, c'est l'intention des parties qui rend les objets fongibles, c'est la nature des choses qui fait qu'elles se consomment ou non par l'usage. La monnaie, chose fongible par excellence, se consomme par l'usage, mais une pièce d'argent précieuse et rare peut être considérée « *in specie* » en elle-même

par les parties qui contractent ensemble ; elle n'est pas fongible. Au contraire, bien que l'on puisse user d'un cheval sans le détruire, si une personne en doit un « in genere », c'est-à-dire si elle doit un cheval quelconque et non pas tel cheval déterminé, la dette aura pour objet une chose fongible ⁽²⁶⁾.

Donc pour que la compensation puisse s'opérer il faut que chaque créance ait pour objet une chose fongible ou une chose qui a été considérée par les parties comme fongible.

Il faut de plus, précise l'article 1291, que les choses dues par les deux parties soient fongibles entre elles, de la même espèce ; c'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'elles soient fongibles chacune séparément, il faut qu'elles le soient l'une par rapport à l'autre. Il pourra donc y avoir compensation entre deux dettes de quantité de même nature, par exemple entre deux dettes de sommes d'argent ou entre deux dettes de blé « in genere » ; mais il ne peut y avoir compensation entre une dette de blé ou de vin en général et une dette de blé de telle récolte ou de vin de tel cru. Il n'y a plus alors identité de choses dues ⁽²⁷⁾. C'est là probablement l'idée que le législateur a voulu rendre en disant

(26) Toullier avait fait la confusion : « La dette d'une chose indéterminée d'une certaine espèce, quoique non fongible est susceptible de compensation avec une autre dette de même nature », t. VII, n° 365. Il suppose une dette ayant pour objet un cheval, un bœuf, etc.

(27) AUBRY et RAU, t. IV, § 326 : « Une pièce de vin de Bordeaux de 1900 qui formerait l'objet d'un prêt de consommation, constituerait bien une chose fongible mais elle ne pourrait pas être compensée avec une autre pièce de vin de Bordeaux d'une autre année également fongible considérée isolément, parce que ces deux pièces de vin de qualité et d'année différentes ne sont pas fongibles entre elles. »

que les choses fongibles doivent être de la même espèce, et ce n'est pas sans raison que le Code civil a employé ces termes.

C'est pour la même raison que la condition de fongibilité des deux dettes exclue la compensation lorsque l'une d'elles a pour objet une chose déterminée et l'autre également une chose déterminée. Ainsi deux demandes tendant l'une au remboursement de diverses sommes d'argent et l'autre à la revendication d'immeubles d'une valeur indéterminée ne peuvent pas s'éteindre par le jeu naturel de la compensation ⁽²⁸⁾. De même le don à titre de bijoux que le mari a fait à sa femme par contrat de mariage n'entre point en compensation avec les effets mobiliers que celle-ci a pu recevoir pendant le mariage ⁽²⁹⁾.

Mais la compensation s'opère entre les fruits d'un capital quelconque, fût-il immobilier, et une somme d'argent. Ainsi les fruits d'un immeuble et l'intérêt du prix de cet immeuble forment des choses fongibles entre elles et susceptibles de compensation ; en conséquence l'acquéreur évincé ne pourra réclamer de son vendeur la restitution des intérêts qu'il lui a payés, ces intérêts s'étant compensés naturellement avec les fruits qu'il a perçus pendant la jouissance de l'immeuble. Cet acquéreur opposerait vainement que l'intérêt payé au vendeur était plus élevé que la valeur des fruits qu'il avait percue ⁽³⁰⁾.

Lorsque les deux dettes sont fongibles entre elles, la compensation légale s'opère quand bien même elles

(28) Cass., 17 août 1829, *D.*, 1829, I, 335.

(29) Req., 22 novembre 1899, *D.*, 1900, I, 14.

(30) Douai, 10 avril 1840, *R.*, Vente, 1002.

ne seraient pas payables dans le même lieu. Mais dans ce cas celui qui oppose la compensation doit faire raison des frais de la remise, c'est-à-dire de la différence des cours du change sur les deux places ⁽³¹⁾. La loi suppose que celui qui oppose la compensation serait précisément celui qui occasionnerait à l'autre partie un dommage s'il payait dans un lieu différent de celui fixé pour le paiement. Or l'hypothèse inverse peut fort bien se réaliser : Celui qui oppose la compensation pouvait avoir intérêt à payer sa dette au lieu fixé par la convention ; celui à qui il l'oppose ne doit pas alors profiter de cette situation, il devra indemnité à celui qui lui a opposé la compensation, car celle-ci doit toujours produire le même effet que si les dettes avaient été réellement payées de part et d'autre.

Malgré l'argument qu'on a voulu tirer de la rédaction de l'art. 1296 : « On n'en peut opposer la compensation », il n'est pas douteux qu'il s'agisse ici d'une compensation légale ⁽³²⁾, c'est l'opinion de la plupart des auteurs, opinion basée sur ce fait que le Code civil ne s'occupe uniquement dans ses articles consacrés à la compensation que de la compensation légale et reste muet sur la compensation facultative. Pas plus dans l'art. 1296 que dans ceux qui le précèdent, on ne peut voir une compensation facultative.

La loi a dérogré au principe de l'identité des choses dues en assimilant à de l'argent les prestations en grains ou denrées dont le prix est fixé par les Mercu-

(31) Art. 1296, Code civil.

(32) DURANTON, t. XII, n° 386. — DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 535. — AUBRY et RAU, 5^e édit., p. 385. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. III, 3^e édit., p. 187.

riales. C'est presque en effet la même chose que de l'argent, puisqu'il suffit de se reporter aux Mercuriales pour avoir à l'instant au moyen de la plus simple opération mathématique le montant de la dette en argent. « Les prestations en gains ou denrées non contestés et dont le prix est réglé par les Mercuriales peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles », dit l'art. 1291.

Par ces mots prestation en grains ou denrées la loi a eu surtout en vue les prestations périodiques, les redevances telles que les arrérages d'une rente viagère due en grains ou les annuités dues par un colon partiaire. Mais ce serait évidemment aller trop loin que de croire qu'elle ne s'applique qu'aux prestations périodiques. Je vous dois mille, vous héritez d'une personne qui me doit ou qui m'a légué cinquante hectos de blé, pourquoi ne pourrait-il pas y avoir compensation ?

Les mots « peuvent se compenser » dont se sert la loi, ne doivent pas faire croire que dans ce cas la compensation n'ait pas lieu par la force de la loi. Il est certain que malgré les termes de l'art. 1291, la compensation n'est point facultative mais au contraire s'opère de plein droit à l'insu même des parties et même malgré elles, dès que toutes les conditions exigées concourent ⁽³³⁾. Le Code civil ne s'est d'ailleurs pas occupé un seul instant, nous l'avons dit, de la compensation facultative. Pour que la compensation s'opère de plein droit, dans ce cas, il faut le concours

(33) DURANTON, t. XII, n° 390. — AUBRY et RAU, t. IV, § 326. — DESJARDINS, n° 112.

des conditions exigées par le 2^e alinéa de l'art. 1291. La première de ces conditions est que l'autre dette qui se trouve en présence d'une dette d'argent ait pour objet des grains ou des denrées. Ce mot « denrées », dans le sens spécial où il est ici employé, signifie toute production de la terre destinée à la vente et employée pour la nourriture des hommes ou des animaux ⁽³⁴⁾. C'est bien en effet à ces denrées alimentaires que s'applique spécialement la seconde condition exigée par l'art. 1291, d'après laquelle le prix doit en être constaté par les Mercuriales, c'est-à-dire par les registres où les maires des communes dans lesquelles les marchés se tiennent, constatent officiellement le cours, ou prix moyen auquel les denrées y sont vendues.

Il faut enfin que les prestations en grains ou en denrées soient non contestées, ou en d'autres termes liquides et exigibles, c'est-à-dire réunissent les deux autres conditions de la compensation légale dont nous aurons ultérieurement à préciser le sens. On a remarqué d'ailleurs que les mots « non contestées » signifient plutôt non contestables et qu'il ne suffirait pas pour faire obstacle à la compensation que l'adversaire contestât la dette si cette contestation n'était point évidemment sérieuse ⁽³⁵⁾.

Une sérieuse controverse s'est élevée sur l'étendue de l'exception contenue dans l'article 1291, alinéa 2. La loi en déclarant que les prestations en grains ou denrées non contestées peuvent se compenser avec les sommes liquides et exigibles, les assimile-t-elle à de

(34) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 497.

(35) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 500.

l'argent, à ce point qu'il puisse y avoir compensation légale entre deux dettes de denrées dont le prix est également réglé par les Mercuriales ? Cette question a divisé et divise encore les auteurs.

Par cela seul que cette exception déroge au droit commun, elle doit à notre avis recevoir une interprétation restrictive :

— N'étant établie que dans le cas où il existe d'un côté une dette de denrées et de l'autre une dette d'argent, il n'y a pas lieu de l'étendre au cas de deux dettes ayant pour objet l'une et l'autre des denrées de nature différente dont le prix est constaté par des Mercuriales. La solution contraire méconnaîtrait le texte pourtant formel de la loi. L'article 1291 ne considère pas, ainsi qu'on l'a prétendu, les prestations de denrées dont le prix est constaté par les Mercuriales comme des dettes de sommes d'argent. Il dit simplement que ces prestations peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles, ce qui est tout différent. Au surplus, dans le cas dont nous parlons, le motif de l'exception fait défaut. Si le législateur a écrit la disposition de l'art. 1291, c'est parce qu'il a pensé que chacun des créanciers, obligé de retenir en paiement ce qu'il doit, pourrait facilement, au moyen d'une vente ou d'un achat, par conséquent au moyen d'une opération très simple, se procurer ce qui lui est dû. Mais si la compensation était admise entre deux créances de denrées d'espèce différente, chacun des créanciers devrait pour se procurer ce qui lui est dû, procéder à deux opérations successives, d'abord à une vente puis à un achat.

La compensation aurait donc des conséquences plus graves que dans le cas prévu par la loi ⁽³⁶⁾.

Toutes les dettes de denrées, dont le prix est constaté par les Mercuriales, ne sont pas compensables avec des dettes de sommes d'argent, mais seulement celles qui sont comprises sous la dénomination de prestations. La loi ne dit pas : « les dettes en grains ou denrées, mais bien les prestations » ; or cette expression désigne une dette qui doit être payée périodiquement à certaines échéances.

En tout cas et en supposant que la disposition de la loi soit applicable à toutes dettes de denrées dont le prix est constaté par les Mercuriales, qu'elles constituent ou non des prestations proprement dites, elle recevrait une exception nécessaire au cas où la dette des denrées et la dette d'argent seraient la cause l'une de l'autre. Ainsi, je vous ai vendu cent hectos de froment moyennant 2.000 francs. Je suis donc débiteur envers vous de denrées dont le prix est constaté par les Mercuriales. Mais vous êtes débiteur envers moi d'une somme d'argent. La compensation s'opérera-t-elle entre nos deux dettes par application de l'art. 1291, alinéa 2 ? Evidemment non ; autrement tous les marchés de ce genre seraient annulés de plein droit. Il est impossible de prêter une pareille pensée au législateur, et à supposer que le texte pris à la lettre dût conduire à ce résultat, on y échapperait en invoquant l'intention bien évidente des parties qui devraient être considérées en pareil cas comme ayant

(36) COLMET DE SANTERRE, V^e, n^o 242 bis, XV ; LAIR, p. 206.

renoncé tacitement au bénéfice de la compensation.

De ce principe que l'identité des choses dues est une condition indispensable et nécessaire de la compensation légale, il suit nécessairement qu'une dette alternative n'est pas compensable tant qu'elle reste alternative, parce qu'elle n'a pas d'objet déterminé et que la première condition de liquidité lui manquerait. Mais dès que la personne à laquelle l'opinion appartient a fait son choix, si la chose choisie par elle est fongible vis-à-vis de l'objet de la créance, la compensation s'opérera, mais sera dans ce cas facultative.

Pour une obligation facultative, la question est extrêmement délicate. La compensation pourra-t-elle s'exercer ? Je vous dois par exemple cinquante hectos de blé, mais avec la faculté de me libérer en vous donnant un cheval ; vous devenez par la suite mon créancier pour la somme de 2.000 francs. Pourra-t-il y avoir compensation ? Il semble qu'elle soit possible, car la seule chose qui est réellement due c'est le blé. Mais alors la compensation prive le créancier de la faculté qu'il s'est réservé. Il semble donc qu'elle ne puisse s'opérer sans le consentement de ce dernier, qu'elle est de sa part facultative. M. Marcadé, le seul auteur qui ait traité de la question, décide que la compensation s'opérera de plein droit si le débiteur de l'obligation facultative laisse passer l'échéance de la dette sans rien dire. Au contraire, dit-il, elle n'aura pas lieu si avant l'échéance le débiteur déclare vouloir se libérer par la livraison de la chose réservée « *in facultate solutionis* » (37). Mais pour avoir laissé

(37) MARCADÉ, t. IV, n° 821.

passer l'échéance, le débiteur perd-il la faculté de libération qu'il s'est réservé ? Evidemment non. S'il perdait cette faculté, il serait victime d'une compensation qui souvent se serait opérée à son insu. Donc à notre avis une dette facultative ne saurait jamais être susceptible de compensation.

La condition de fongibilité exclue la compensation pour les obligations de faire, eussent-elles des objets identiques. Même si la prestation promise pouvait être accomplie par toute personne, le fait de n'avoir pas à la fournir n'est pas équivalent au fait d'en bénéficier soi-même. La compensation ne remplirait pas alors la fonction d'un double paiement. C'est pourquoi en réalité elle se limite aux obligations de donner.

§ III. — LIQUIDITÉ DES DEUX DETTES

L'article 1291 exige pour que la compensation puisse s'opérer que les deux dettes soient également liquides.

Une dette est liquide lorsque son existence en est certaine et lorsque sa quotité en est déterminée, en d'autres termes lorsqu'il est certain qu'il est dû et combien il est dû « *Quum certum est an et quantum debeat*ur ».

Et tout d'abord il faut que l'existence de la dette soit certaine.

L'existence d'une dette est incertaine lorsqu'elle a été contractée sous une condition suspensive qui est

encore en suspens, ou lorsque le principe en est contesté ou même simplement contestable.

Ainsi l'acquéreur actionné par le vendeur en paiement du troisième quart de son prix ne peut prétendre compenser de plein droit l'objet de cette demande avec les dommages-intérêts que le vendeur devrait lui-même pour malfaçons de la chose vendue, alors que ces dommages ne sont ni certains ni liquides et que du reste le troisième quart du prix a été stipulé exigible à une date fixe, pour le surplus être seul affecté à la garantie éventuelle des vices de la chose ⁽³⁸⁾. De même lorsqu'un créancier s'est porté acquéreur d'un immeuble grevé de privilèges ou d'hypothèques à son profit, il ne peut s'opérer aucune compensation entre sa créance et le prix dont il est débiteur, tant que les droits respectifs des créanciers inscrits n'ont pas été l'objet d'un règlement d'ordre définitif ou d'un paiement d'attribution ⁽³⁹⁾.

Une dette encore n'est pas certaine quand un procès s'élève entre les deux parties parce que le débiteur ne veut pas la reconnaître, ou quand elle est subordonnée à une réserve qui peut l'anéantir. Dans ce dernier cas la Cour de Cassation a décidé que le vendeur débiteur envers son acquéreur d'une somme liquide plus forte que le prix de vente, ne peut pas, en faisant signifier des offres réelles pour se libérer entièrement, établir que ce prix a opéré la compensation jusqu'à dûe concurrence, s'il se réserve de former une action en

(38) Lyon, 11 décembre 1890. *Moniteur judiciaire de Lyon*, 31 janvier 1891.

(39) Conseil d'Etat, 2 juillet 1880, *D. P.*, 81, 3, 76 ; Req., 25 juillet 1892, *D. P.*, 92, 1, 488.

rescision pour cause de lésion. La doctrine de cet arrêt rendu le 29 Fructidor an VI doit être admise sans difficulté sous l'empire du Code.

Mais par le seul fait que le débiteur soulève une contestation quelconque, une dette ne cesse pourtant pas d'être considérée comme liquide, car la compensation pourrait ainsi être toujours écartée par la volonté d'une seule des parties.

Une dette est considérée comme liquide bien qu'elle soit contestée, si la contestation n'est pas sérieuse. Il faut en effet une contestation sérieuse qui rende la dette vraiment litigieuse. Ce sera au Juge d'apprécier selon les circonstances, si la compensation soulevée par les parties s'appuie sur des arguments assez plausibles pour rendre raisonnablement douteuse l'existence de la dette : En conséquence un débiteur ne pourra empêcher la compensation de se produire en contestant contre toute évidence l'existence de la propre dette ; les Tribunaux déclareraient que la dette n'étant pas raisonnablement contestable est liquide en dépit de la contestation et que la compensation s'est opérée ⁽⁴⁰⁾.

De même encore une dette est considérée comme liquide si celui qui se prévaut de la compensation est en mesure de prouver rapidement et sommairement l'existence de sa créance et s'il est en état d'en justifier promptement ⁽⁴¹⁾. Il résulte de là que si les Juges renvoient les parties devant des arbitres pour déterminer exactement le chiffre d'une créance litigieuse,

(40) Req., 30 janvier 1872, *D. P.*, 72, I, 413.

(41) AUBRY et RAU, t. IV, § 326.

après avoir constaté d'ores et déjà qu'elle s'élève à une certaine somme, ils peuvent la compenser jusqu'à concurrence de cette somme avec une créance d'ailleurs liquide et exigible du même débiteur sur le même créancier ⁽⁴²⁾.

La compensation ne s'en opère pas moins par la seule force de la loi parce que la contestation demande une instruction. Elle reste en suspens jusqu'au jugement et s'il est jugé que la dette contestée existait, qu'elle était liquide, elle produit tous ses effets à partir du moment où toutes les conditions ont été remplies, bien qu'elles ne fussent pas reconnues ⁽⁴³⁾.

Mais en exigeant que les deux dettes soient également liquides, la loi ne demande cependant pas qu'elles soient reconnues par les débiteurs : « Prenons garde, disait M. Jaubert dans son rapport fait au Tribunal, que la loi ne dit pas également reconnues par les deux parties, car si l'une d'entre elles se permettait de faire une mauvaise contestation et de soutenir contre toute évidence qu'elle n'est pas débitrice, si le Juge voyait clairement que la dette fut certaine, il ne pourrait l'empêcher de déclarer la compensation. Lors donc que la loi exige que les deux dettes soient également liquides, elle n'a entendu exclure que celles qui pourraient donner lieu à des discussions ; par exemple si un compte non arrêté était opposé en compensation à un titre » ⁽⁴⁴⁾.

(42) Req., 13 janvier 1874, *D. P.*, 74, I, 76.

(43) Req., 7 février 1883, *D. P.*, 83, I, 473, et le Rapport de M. le Conseiller George Lemaire.

(44) FENET, t. XIII, p. 363.

Il faut en second lieu que la quotité de la dette soit déterminée.

C'est à cette condition que l'on pourra savoir immédiatement combien il est dû : Une dette n'est donc pas liquide quand il reste un compte à établir :

En conséquence on ne peut admettre la compensation quand on se trouve en face d'une dette dont le quantum ne peut être fixé que par un règlement de compte. Ainsi lorsque deux Sociétés débitrices l'une de l'autre demandent en justice la liquidation de leur compte et la fixation du montant de leurs dettes respectives, la compensation des dettes des deux Sociétés doit s'opérer, non pas au moment où chacune d'elles introduit sa demande, mais à l'instant où est rendue la décision qui détermine le chiffre des dettes qui ne deviennent liquides que par cette décision ⁽⁴⁵⁾.

Egalement les dettes résultant de la tutelle, de la gestion d'affaires, ne deviennent liquides qu'au moment où le compte est arrêté. De même lorsque la fixation du chiffre d'une dette a nécessité une expertise, cette dette ne peut être considérée comme liquide qu'à partir du jour de la décision judiciaire qui a statué sur les résultats de l'expertise ⁽⁴⁶⁾.

En conséquence encore, la compensation est impossible quand il s'agit d'une dette qui résulte de frais d'actes ou d'honoraires qui n'ont pas encore été taxés ⁽⁴⁷⁾. Mais dès que la décision contenant le texte

(45) Req., 25 juillet 1892, *D. P.*, 92, I, 488.

(46) Douai, 24 janvier 1901, *D. P.*, 1902, 2, 302.

(47) Req., 18 avril 1854, *D. P.*, 54, I, 216. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. III, n° 1833. — AUBRY et RAU, t. IV, p. 375, note 8 bis.

est passée en force de chose jugée, la compensation s'opère de plein droit entre la dette des frais et toute autre dette également liquide et exigible. Il a été jugé qu'en pareil cas une opposition à la taxe, alors même partiellement accueillie, ne saurait produire d'autres effets que ceux attachés à la condition résolutoire, ni suspendre par suite l'exécution de la condamnation aux frais du procès ⁽⁴⁸⁾.

Toujours et pour la même raison la compensation ne peut avoir lieu entre les dettes résultant d'un compte courant et dont certaines seulement sont liquides. Ces dettes ne peuvent être compensées entre elles ; elles ne peuvent pas l'être davantage avec d'autres dettes indépendantes du compte : Par cela même qu'elles font partie d'un compte courant elles ont perdu leur individualité. Tant que le compte courant n'est pas clos, on ne sait même pas laquelle des deux parties restera finalement débitrice de l'autre. Lorsque le compte est arrêté, il n'existe plus qu'une seule dette dont l'individualité se substitue à toutes celles qui sont portées sur le compte : C'est celle qui résulte de la balance et c'est elle seule qui peut être compensée avec une autre dette.

Toutefois lorsqu'une dette est facile à liquider et n'exige pas de longues vérifications, on admet généralement qu'elle peut être opposée en compensation. La jurisprudence, dans de nombreux arrêts rendus en la matière a déclaré susceptibles de compensation :

(48) Req., 13 juillet 1885, *D. P.*, 86, I, 309.

La créance d'un médecin pour le paiement de ses visites ⁽⁴⁹⁾ ;

Celle de l'avocat pour ses honoraires ⁽⁵⁰⁾ ;

Celle d'un locataire pour privation de jouissance imputable au propriétaire ⁽⁵¹⁾,

Et d'une façon générale toute créance dont le chiffre peut être déterminé sans difficulté et sans retard, notamment par la simple présentation de mémoires taxés et de quittances d'Officiers ministériels.

En matière de liquidité la jurisprudence reconnaît au Juge un certain pouvoir d'appréciation quant au point de savoir si la créance est facilement liquidable ou non. Il a été décidé que la question de liquidité d'une créance opposée en compensation est une question de fait jugée souverainement par les Juges du fond lorsque cette créance n'est pas fondée sur un titre ⁽⁵²⁾.

Mais la question de liquidité d'une créance fondée sur un titre régulier est une question de droit et non une question de fait, par conséquent soumise au contrôle de la Cour de Cassation ; spécialement lorsqu'un décompte administratif régulièrement dressé et qui a été vainement attaqué devant l'autorité administrative par la voie contentieuse, constitue l'Etat créancier de l'entrepreneur de travaux publics dont il est en même temps débiteur pour d'autres causes, l'arrêt qui déclare qu'il n'y a pas lieu à compensation

(49) Civ., 3 février 1819, *R.*, 2546, 3.

(50) Dijon, 24 janvier 1842, *R.*, 2646, 4.

(51) Req., 29 novembre 1832, *R.*, 2648, 1.

(52) Cass., 29 mars 1841, *S.*, 41, I, 581 ; *D.*, 41, I, 197.

sous prétexte que la créance de l'Etat n'est pas liquide, encourt la censure de la Cour de Cassation ⁽⁵³⁾.

§ IV. — EXIGIBILITÉ DES DEUX DETTES

Pour que le débiteur poursuivi puisse opposer une créance en compensation, il faut qu'il soit en droit comme créancier d'en exiger actuellement le paiement. C'est la quatrième condition nécessaire à la compensation.

Le mot exigibilité prend ici un sens un peu différent de celui qu'il a d'ordinaire : Il ne suffit pas qu'il y ait absence de terme ou de condition, il faut encore que le créancier possède pleinement la faculté légale d'exiger son paiement immédiat.

I. — *Dettes à termes*

Le terme, de même que la condition, est toujours un événement futur, mais à la différence de la condition qui affecte l'existence même de l'engagement, le terme n'en affecte que l'exécution soit pour la retarder, soit pour la rendre obligatoire dans un délai déterminé ⁽⁵⁴⁾.

Le contrat à terme produit donc tous les effets du contrat pur et simple, à l'exception de ceux qui con-

(53) Cass., 12 janvier 1841, S., 41, I, 129 ; D., 41, I, 79.

(54) Art. 1185 du Code civil.

cernent l'exigibilité. La créance à terme n'est pas exigible immédiatement, déclare l'article 1186 du Code Civil. Ce retard dans l'exécution est l'effet caractéristique du terme, le plus fréquent et le plus connu parce que le terme est ordinairement établi dans l'intérêt du débiteur. Ainsi considéré, il se présente sous la forme d'une exception ou plutôt d'un moyen de défense accordé au débiteur et qui empêche le créancier de lui réclamer son paiement tant que le terme n'est pas échu ⁽⁵⁵⁾. C'était en se plaçant à ce point de vue que Pothier définissait le terme : « un délai accordé au débiteur pour s'acquitter de son obligation ».

La loi ne prévoyant la compensation que dans le cas où chacune des parties peut immédiatement contraindre l'autre au paiement, il en résulte que toute compensation est impossible avec une dette à terme. Tant que le délai découlant soit de la convention, soit de la nature de la dette n'est pas expiré, celui à la charge de qui cette dette existe ne peut l'opposer en compensation avec la dette actuellement exigible dont le paiement est poursuivi. Ainsi lorsqu'un bailleur a transporté à un tiers des fermages non échus, le fermier débiteur cédé ne peut prétendre que le transport régulièrement notifié ne lui est pas opposable, parce que la créance des fermages que le cédant avait contre lui se serait compensée antérieurement au transport, avec une créance exigible, que lui-même avait contre le cédant ⁽⁵⁶⁾. Mais rien n'empêche celui

(55) Civ., 22 juillet 1897, *D. P.*, 97, I, 614.

(56) Paris, 8 mars 1904, *D. P.*, 1905, 2, 65.

au profit de qui le terme existe d'y renoncer ; la compensation peut alors s'opérer avant l'arrivée du terme, à moins que l'autre partie n'ait, avant la renonciation, cédé régulièrement sa créance à un tiers ⁽⁵⁷⁾.

Règle spéciale pour le terme de grâce. — La règle suivant laquelle une dette non échue ne peut être compensée reçoit une exception lorsqu'il s'agit d'un terme de grâce : « Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation, nous dit l'article 1292 du Code Civil ». Quelle en est la raison ? C'est que le terme de grâce est accordé par la justice au débiteur malheureux et de bonne volonté, hors d'état d'acquitter immédiatement sa dette. C'est le seul moyen qui puisse être employé pour tempérer les rigueurs d'un créancier impitoyable. Or quand ce débiteur a lui-même une créance à faire valoir contre son créancier, il a un moyen très simple de se libérer de sa dette : c'est de subir la compensation pour ce qui lui est dû à lui-même ; le terme de grâce perd donc sa raison d'être, car l'impossibilité de s'acquitter à raison de laquelle le terme de grâce a été accordé au débiteur cesse le jour où il devient créancier de celui envers qui il est obligé.

La loi, en spécifiant d'une façon formelle que la compensation ne peut s'opérer qu'entre deux créances également exigibles, a voulu pour cela que le paiement de chacune des deux soit actuellement susceptible d'être poursuivi en justice. Comme le dit un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Dijon en date du

(57) Paris, 8 mars 1904, précité.

21 avril 1910 ⁽⁵⁸⁾ : « La compensation légale entre deux créances ne s'opère qu'au moment où chacun des créanciers est en droit de contraindre son débiteur au paiement, sans qu'aucun obstacle, aussi bien temporaire que perpétuel, l'en empêche ».

Ce même arrêt a spécialement jugé qu'une créance de dommages-intérêts allouée par un Tribunal de Commerce et dont la décision a été frappée d'appel n'est exigible au point de vue de la compensation légale que lors de l'arrêt confirmatif ou du moins au moment où le créancier à qui l'exécution provisoire n'a pas été accordée d'office, présente caution en vue d'obtenir l'exécution.

Effet des oppositions à paiement. — La compensation peut se trouver empêchée par l'effet d'une saisie-arrêt ou opposition. Le débiteur qui a reçu une opposition du créancier de son créancier ne peut plus payer que sur l'ordre du Juge et avec la procédure de distribution par contribution. Tout règlement volontaire étant interdit, la compensation est impossible. Cette disposition est fondée sur la raison autant que sur l'équité. Elle se lie au principe que la compensation agit comme un paiement. Dès lors que ce paiement devient impossible à imposer, la compensation, paiement forcé, automatique et privilégié ne peut pas non plus s'effectuer. Par suite si le débiteur de la somme saisie-arrêtée devient, depuis qu'il a reçu l'opposition, créancier de son créancier, il ne pourra pas plus opposer la compensation au saisissant qu'il ne pourrait lui

(58) Dijon, D. P., 1913, 2, 77.

opposer un paiement effectif fait au mépris de l'opposition. Cette conséquence résulterait suffisamment des principes et des définitions, mais la loi l'a prévue et énoncée expressément dans l'article 1298 conçu en ces termes : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers; ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut au préjudice du saisissant opposer la compensation ».

Effet de la faillite. — Un résultat analogue découlant de cette même idée que la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à un tiers se produit en matière de faillite.

Aux termes des articles 1188 du Code Civil et 444 du Code de Commerce, le débiteur déclaré en faillite se trouve de plein droit privé du bénéfice du terme et ses dettes deviennent immédiatement exigibles. Cette exigibilité n'a lieu que si la faillite est judiciairement prononcée soit sur la demande des créanciers dont les créances sont échues, soit sur la demande du débiteur lui-même. Bien que le jugement déclaratif de faillite rende immédiatement exigible les dettes du failli, il n'a cependant pas pour effet de les rendre immédiatement compensables ⁽⁵⁹⁾. La raison en est qu'au même instant où la dette non encore échue devient exigible par suite du jugement déclaratif de faillite, le paiement ne peut plus en avoir lieu au

(59) L'art. 8 de la loi du 4 mars 1889 a reproduit la disposition de l'art. 444 du Code de commerce et les droits de la masse sont les mêmes dans la liquidation judiciaire que dans la faillite. La compensation est donc également impossible en matière de liquidation judiciaire.

préjudice des droits acquis à la masse des créanciers du failli ⁽⁶⁰⁾. D'ailleurs ce dernier, par le jugement déclaratif, est dessaisi de l'administration de ses biens et ne peut donc plus payer lui-même ses dettes. Il en est de même de la compensation, paiement forcé qui ne peut plus désormais s'opérer au profit de celui qui est à la fois débiteur et créancier du failli ⁽⁶¹⁾. Ce principe qu'avait déjà admis la jurisprudence ⁽⁶²⁾ a été consacré dans toute sa généralité sans distinction entre les dettes commerciales ou non commerciales par la loi du 28 mai 1838 ⁽⁶³⁾.

Ce n'est que jusqu'au jugement déclaratif de faillite, si les conditions requises pour la compensation légale se trouvaient remplies que la compensation a pu avoir lieu régulièrement, fusse même pendant la période suspecte, pourvu qu'elle se soit produite en dehors de tout acte volontaire accompli dans ce but par les parties, et bien que le jugement ait fixé l'époque de la cessation des paiements à une date antérieure à celle où la compensation s'est accomplie. Mais si les conditions requises pour la compensation légale se trouvaient remplies avant la déclaration de faillite, cette compensation s'opérant de plein droit conserverait tous ses effets juridiques bien que le jugement déclaratif ait fixé l'époque de la cessation des paiements à une date antérieure à celle où la compensation se serait accomplie.

(60) LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, II, 2666. — AUBRY et RAU, t. IV, p. 378, note 15.

(61) THALLER et PERCEROU, *Faillites*, t. II, n° 862 et sq.

(62) Civ. Cass., 12 février 1811, S., II, 1, 141 ; 17 février 1823, S., 24, I, 82.

(63) Art. 446, alinéa 3 du Code de commerce.

En l'absence de compensation, celui qui est à la fois débiteur et créancier du failli, comme débiteur doit payer au syndic tout ce qu'il doit, comme créancier il doit au contraire subir la loi commune et ne recevoir ensuite ce qui lui est dû sous forme de dividende. Si la compensation était permise, elle le ferait échapper à cette règle en lui procurant un paiement intégral. Il en est ainsi soit qu'il s'agisse d'une dette réellement échue depuis le jugement déclaratif, soit à plus forte raison qu'il s'agisse d'une dette non échue et que la faillite a rendu exigible ⁽⁶⁴⁾. Cette solution deviendrait pourtant injuste et irrationnelle lorsque les deux obligations résultent d'un même contrat et plus largement lorsqu'il existe un rapport de connexité d'origine entre la dette et la créance ⁽⁶⁵⁾. Aussi la jurisprudence admet-elle en ce cas que malgré la faillite de l'une des parties, le règlement des comptes peut s'opérer entre elles par compensation bien que la condition d'exigibilité, de liquidité ou de fongibilité ne se soit trouvée remplie depuis le jugement déclaratif.

Juridiquement cette solution ne peut s'expliquer que si dans l'analyse de la compensation on substitue à l'idée de paiement fictif celle de rétention ⁽⁶⁶⁾.

(64) Req., 20 juillet 1870, *D. P.*, 71, I, 339. — Civ., 22 octobre 1907, *D. P.*, 1907, I, 508. — Paris, 27 janvier 1909, *Journ. Faillites*, 1910, p. 101.

(65) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, t. VII, n° 217. — THALLER et PERCEROU, *Faillites*, t. I, n° 499 bis. — PERCEROU, Effets de la faillite quant aux créanciers ayant un droit de rétention ou de compensation, *Journ. Faillites*, 1909, p. 444 et sq.

(66) C'est la conception du Droit allemand qui envisage d'une façon générale la compensation comme une application du droit de rétention. Néanmoins il se sépare des solutions de la jurisprudence française en ce que pour lui, en matière commerciale

La situation privilégiée attribuée au créancier qui se paye par compensation provient du droit de rétention qu'il exerce sur sa propre dette et qu'il a la faculté d'opposer à la masse. Pour reprendre la valeur qu'il retient, le syndic est obligé de le payer intégralement ; or ici le paiement s'effectue sous forme de compensation.

Les Tribunaux appliquent cette règle tout d'abord au cas du compte courant. Tant qu'il n'est pas clos, nous l'avons vu, les créances et les dettes qui y figurent ne sont ni liquides ni exigibles ; elles n'ont donc pu faire l'objet d'aucune compensation avant le jugement déclaratif de faillite. Néanmoins, celle-ci survenant, la compensation s'opérera entre les créances et les dettes ⁽⁶⁷⁾. Par analogie la jurisprudence donne la même solution à la liquidation des comptes respectifs, comptes de communauté ⁽⁶⁸⁾ de tutelle ⁽⁶⁹⁾, comptes quelconques ⁽⁷⁰⁾.

Si le mari tombe en faillite, la femme qui demande la séparation de biens est créancière de la dot et peut être débitrice de récompenses ; elle ne produira à la faillite que pour le solde créiteur sans avoir elle-même à payer intégralement les récompenses ni à produire

seulement (Code de commerce de 1861, art. 313) le droit de rétention n'exige pas la connexité des obligations. Cf. THALLER et PERCEROU, *Faillite*, t. II, 867. Le Droit civil français fonde le droit de rétention sur l'inexécution de la convention par l'une des parties ; il faut que les deux obligatoires soient indivisibles et résultent d'un fait unique : le même contrat, et qu'un lien de connexité existe entre la chose retenue et la somme réclamée (droit de l'aubergiste, du voiturier, etc.).

(67) Douai, 5 mars 1903, *D. P.*, 1906, 2, 92.

(68) Civ., 3 mars 1891, *S.*, 92, I, 190.

(69) Rouen, 14 juin 1870, *S.*, 71, 2, 132

(70) Civ., 16 mars 1892, *D.*, 92, I, 232.

pour toutes ses reprises. Le partage d'une masse indivise : succession ⁽⁷¹⁾, fonds social ⁽⁷²⁾ entre le failli et d'autres co-propriétaires dont il est à la fois créancier et débiteur, se réglera par le versement à la masse de l'excédent seul de l'actif dû au failli, par rapport à ce qu'il devait à ses co-partageants.

Enfin quand un assureur créancier de la prime d'assurance en cours est déclaré en faillite et que par suite du sinistre arrivé à son assuré il devient débiteur de l'indemnité, l'assuré n'a pas à payer la prime, mais il ne produit à la faillite que pour l'excédent de l'indemnité sur la prime. Il en serait de même au cas où ce serait l'assuré qui tombe en faillite ⁽⁷³⁾.

Mais cette règle adoptée par la jurisprudence présente une grave difficulté qui consiste à déterminer dans quels cas il y a connexité susceptible de laisser s'opérer la compensation. Aussi c'est ce qui explique les incertitudes et parfois même les contradictions des Tribunaux. Il est par exemple difficile de concilier l'arrêt de la Chambre Civile du 16 mars 1892 précité qui permet la compensation en matière de règlement de compte résultant de la même convention avec celui du 27 octobre 1907 ⁽⁷⁴⁾ où la Cour de Cassation repousse la compensation entre les sommes dues par un débiteur en état de liquidation judiciaire à son bailleur à titre de loyers échus et les dommages-intérêts dus par ce bailleur au locataire pour troubles de jouis-

(71) Paris, 29 mai 1884, *Journ. Faillite*, 1884, p. 393.

(72) Civ., 8 février 1882, *S.*, 82, I, 224.

(73) THALLER et PERCEROU, *Faillites*, II, n° 872.

(74) Civ., 27 octobre 1907, *D.*, 1907, I, 508, cassant Paris, 22 mai 1905.

sance. Les deux obligations dérivent pourtant d'une même cause : le contrat de bail.

Peut-être le terme d'indivisibilité des obligations plus restrictif que celui de connexité, expliquerait mieux l'esprit qui a animé la jurisprudence quand elle a autorisé la compensation en matière de faillite dans les cas que nous avons énumérés.

La loi n'ayant parlé que de la faillite, on s'est demandé si la déchéance du terme découlait aussi de la déconfiture, c'est-à-dire de l'état d'insolvabilité du non commerçant. Il y aurait de bonnes raisons d'en douter. D'abord la déconfiture est omise dans l'article 1188 du Code Civil, un des rares textes où se présentait pourtant l'occasion de la citer à côté de la faillite. D'autre part, toutes les déchéances sont de droit étroit. Enfin la déconfiture n'est pas déclarée comme la faillite par un jugement fixant le moment où elle se produit. Cependant tous les auteurs ⁽⁷⁵⁾ admettent la déchéance du terme malgré le silence de la loi, et la jurisprudence l'applique ⁽⁷⁶⁾. La raison en est que la déconfiture comme la faillite fait disparaître l'état apparent de solvabilité sur la foi duquel le créancier avait accordé le terme. Seulement la Cour de Cassation, bien que les auteurs paraissent admettre que l'exigibilité immédiate des créances à terme soit une suite naturelle de l'insolvabilité du débiteur et se produise de plein droit, et que la tradition soit dans le même sens, a jugé que la déchéance du terme doit

(75) AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, DEMOLOMBE, COLIN et CAPITANT, t. II, p. 169.

(76) Req., 10 mars 1845, *D. P.*, 45, I, 209 ; Civ., 30 mars 1892, *D. P.*, 92, I, 281.

être demandée en justice et ne pourra remonter à un jour antérieur à celui de la demande (77).

Cette décision, tout à fait inattendue, a été inspirée par le désir d'éviter la compensation quand le créancier de la dette à terme est de son côté débiteur de son débiteur. La compensation n'est pas possible tant que le terme subsiste ; le jour où le débiteur à terme devient insolvable, la compensation s'opérerait immédiatement, si on admettait que le bénéfice du terme lui est enlevé de plein droit. Or ce résultat dépasserait de beaucoup le but qu'on veut atteindre en attachant la déchéance du terme à l'état de déconfiture. On veut uniquement autoriser le créancier à terme à se présenter, comme si sa créance était échue, pour prendre part aux distributions des deniers. Si la déchéance avait lieu de plein droit, le créancier se trouverait non seulement admis aux distributions, mais serait réglé immédiatement et intégralement par l'effet de la compensation ; c'est là surtout ce qu'on a cherché à empêcher.

En ce qui concerne la diminution des sûretés données au moment du contrat par le débiteur à son créancier et qui est la troisième cause de déchéance du terme, il faut appliquer la même solution que pour la déconfiture. La déchéance du bénéfice du terme, fondée sur la circonstance que le débiteur a diminué par son fait les sûretés données au créancier, ne rend la créance exigible et par suite susceptible d'entrer en compensation qu'en vertu et à partir du jugement qui

(77) Civ., 30 mars 1892, *D. P.*, 92, I, 281, Note de M. Planiol ; *S.*, 92, I, 481, Note Labbé.

constate le fait auquel est subordonnée cette déchéance.

Cas où l'une des deux dettes est le prix d'achat d'un immeuble hypothéqué. — Lorsqu'une personne qui est créancière d'une autre à un titre quelconque pour une somme déterminée, achète à son débiteur un immeuble grevé d'hypothèques, sa dette du prix d'achat ne s'éteint pas par la compensation avec sa créance malgré la réciprocité d'obligations qui existe désormais entre les deux parties. Quelle en est la raison ? On dit parfois que l'article 1298 s'y oppose parce que les créanciers hypothécaires ont un droit acquis sur le prix. C'est une mauvaise explication. Si la compensation s'opérait elle ne nuirait en rien aux créanciers hypothécaires ; l'acheteur se trouverait libéré envers son vendeur de sa dette personnelle, comme il le serait par un paiement. Mais il resterait tenu hypothécairement et les créanciers n'étant pas payés conserveraient le droit de saisir l'immeuble entre ses mains. Ce n'est donc pas leur intérêt qui empêche la compensation. L'obstacle doit être cherché plutôt dans la personne de l'acheteur. C'est lui qui, menacé d'éviction par les créanciers, a le droit de retenir son prix pour désintéresser les créanciers hypothécaires ⁽⁷⁸⁾, et c'est parce que le vendeur n'a pas le droit d'exiger le paiement immédiat du prix en laissant subsister les hypothèques que la compensation ne s'opère pas. On peut dire que jusqu'à concurrence du passif inscrit, le prix n'est pas exigible par le vendeur.

(78) Art. 1653. du Code civil.

II. — *Dettes conditionnelles*

Si le terme est un obstacle à la compensation, à plus forte raison en est-il de même de la condition suspensive qui rend incertaine l'existence même de l'obligation. C'est d'après ce principe que la Cour de Cassation, le 20 décembre 1837, a jugé que des traites acceptées à découvert ne deviennent entre les mains de l'accepteur des titres de créance contre le tireur qu'autant que l'accepteur les a payées en l'acquit du débiteur ; jusque là elles ne constituent que des promesses de paiement qui ne peuvent donner lieu à aucune action en remboursement de la part de l'accepteur contre ce tireur, ni former en faveur de l'accepteur une créance exigible qui puisse faire l'objet d'une compensation ⁽⁷⁹⁾. Par un autre arrêt en date du 28 février 1842, la même Cour a décidé que le jugement qui, en autorisant un tiers saisi à déposer les sommes dont il est débiteur, lui permet en même temps de prélever celles dont il est personnellement créancier, mais à la charge de rapport ultérieur et de répartition au marc le franc, s'il y a lieu, et sous l'obligation de donner caution, n'emporte pas compensation légale de la créance du tiers saisi avec sa dette ⁽⁸⁰⁾.

Enfin toujours la Cour de Cassation a jugé le 20 janvier 1858 que dans le cas où un légataire universel est tenu de payer à son décès certaines sommes à des légataires particuliers, celles-ci ne se compensent pas

(79) Cass. 20 décembre 1837, S., 38, I, 46.

(80) Cass., 28 février 1842, S., 42, I, 359.

de son vivant avec une dette dont ces légataires particuliers seraient tenus envers lui, l'exigibilité de ces sommes étant subordonnée à la condition que ceux qui doivent les recevoir survivront à celui qui doit les payer ⁽⁸¹⁾.

Au contraire, une dette sous condition résolutoire peut entrer en compensation, car elle existe actuellement et le paiement peut en être exigé. Si l'événement auquel est subordonné l'existence de la dette vient à s'accomplir, la condition se réalisant, la compensation sera rétroactivement anéantie, mais elle n'en aura pas moins existé.

III. — *Dettes dont le paiement ne peut être efficacement exigé*

Il n'y a pas lieu à compensation lorsque par sa nature même une dette n'est pas exigible. Ainsi le remboursement d'une rente constituée étant facultatif de la part du débiteur et le créancier n'ayant pas d'action pour l'exiger, la compensation ne saurait s'opérer entre une dette dont le créancier serait tenu et le principal de la rente, que si le débiteur qui doit servir les arrérages veut rembourser et compenser. Il n'y a même pas lieu à compensation avec le capital d'une semblable rente dans le cas où le débiteur a cessé de remplir ses obligations, pendant deux ans, s'il a manqué de fournir les sûretés promises par le contrat ou s'il est tombé en état de faillite ou de déconfiture. S'il

(81) Cass., 20 janvier 1858, *D. P.*, 58, I, 318.

peut alors être contraint au rachat de la rente, le capital n'en est pas pour cela exigible, dans le sens de l'article 1291. Il ne peut donc y avoir lieu à compensation légale que du moment où l'exigibilité du capital aura été reconnue par les parties ou déclarée par le Juge ⁽⁸²⁾.

La condition d'exigibilité nécessaire pour la compensation n'existe pas lorsque le créancier n'a pas d'action pour se faire payer.

En conséquence, les obligations naturelles ne sont pas susceptibles de compensation ⁽⁸³⁾.

Les dettes de jeu, si on ne les range point parmi les obligations naturelles, ne sont pas exigibles et ne peuvent non plus entrer en compensation, sauf celles pour lesquelles l'article 1966 accorde une action ⁽⁸⁴⁾.

Il en est de même pour les obligations illicites, par exemple pour celles résultant de contre-lettres en matière de cession d'office ⁽⁸⁵⁾.

La question s'est posée relativement au point de savoir si une dette prescrite peut entrer en compensation. La compensation n'est pas possible, à moins que le débiteur néglige d'opposer la prescription ou qu'il y renonce ⁽⁸⁶⁾.

Enfin, les dettes et créances faisant partie d'un compte courant ne sont pas plus exigibles qu'elles ne sont liquides. Il y a donc double raison pour qu'elles ne puissent donner lieu à compensation ⁽⁸⁷⁾.

(82) DURANTON t. XII, n° 410.

(83) DESJARDINS, n° 120. — DURANTON, t. XII, n°s 405-406. — AUBRY et RAU, t. IV, § 326.

(84) DESJARDINS, n° 120.

(85) Rennes, 8 août 1891, *D. P.*, 92, II, 493.

(86) DESJARDINS, p. 120.

(87) Douai, 30 juin 1904, *D. P.*, 1905, II, 392.

SECTION II

Exceptions au principe de la compensation légale

A la règle générale que la compensation légale s'opère lorsque les quatre conditions exigées par la loi sont réunies, l'article 1293 du Code Civil apporte quatre exceptions : « La compensation a lieu, dit-il, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans le cas :

— De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;

— De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ;

— D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables. »

Des quatre cas prévus par ce texte, les trois premiers s'expliquent par la défaveur de la cause des dettes auxquelles ils ont trait. Ils soulèvent toutefois une grave difficulté : La compensation légale n'est possible, nous l'avons vu, que si les deux obligations ont pour objet des choses fongibles entre elles. Or l'objet d'une demande en restitution d'une chose volée, d'un dépôt et d'un prêt à usage ne peut jamais être qu'un corps certain. L'article 1293 était donc pour une grande partie inutile, et l'on a pu dire qu'il a été le résultat d'une erreur législative.

Aux exceptions admises par l'article 1293 ou par

interprétation de ce texte, il faut en ajouter une autre fondée sur les règles relatives à l'organisation des finances publiques : Elle concerne les impôts dûs à l'Etat.

Enfin pour être complet, nous étudierons également le cas où la compensation ne peut s'opérer parce que les parties renoncent à s'en prévaloir.

§ I. — DEMANDE EN RESTITUTION D'UNE CHOSE
INJUSTEMENT ENLEVÉE

L'ordre public exige que le spoliateur ne soit en aucun cas autorisé à retenir ce qu'il a dérobé. Cette disposition est une conséquence et une application de l'ancien adage : « Spoliatus ante omnia restituendus ». C'est pourquoi la compensation n'a pas lieu à l'égard de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. Le spoliateur ne peut pas résister à cette demande en invoquant une créance contre le demandeur ; il doit commencer par rendre la chose dont il s'est emparé. Ce n'était pas la peine de le dire : le voleur est en général débiteur d'un corps certain et dans ce cas il ne peut se prévaloir de la compensation. Pour qu'il puisse l'invoquer, il aurait fallu qu'il se fût rendu maître d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées appartenant à son débiteur. Cela est très rare, mais non absolument sans exemple. Ainsi il peut arriver qu'un notaire s'empare indûment de fonds appartenant à

son client. Même dans ce cas, en vertu de l'article 1293, alinéa 1^{er}, qui devient alors nécessaire pour empêcher la compensation, il ne pourra pas se prévaloir d'une dette du client ainsi spoliée, pour différer ou restreindre la restitution qu'il doit lui faire (88).

Cette exception, par sa généralité, s'étend à tous les cas où le propriétaire a été dépouillé autrement que par autorité de justice : Peu importe qu'il y ait eu vol, escroquerie, abus de confiance, ou même que le créancier, pour obtenir un paiement immédiat et certain, se soit emparé de choses appartenant à son débiteur.

§ II. — DEMANDE EN RESTITUTION D'UN DÉPÔT

Le déposant, en confiant un objet entre les mains du dépositaire, fait preuve envers lui de confiance. Aussi la loi ne veut-elle pas que si ce dernier devient à son tour créancier du déposant, il soit dispensé de l'obligation de restituer.

Cette exception établie par l'article 1293, alinéa 2, fait naître une difficulté du même genre que la précédente. Le dépositaire est un débiteur de corps certain et les principes généraux lui enlèvent le bénéfice de la compensation, qui ne peut avoir lieu, nous l'avons vu, qu'entre choses fongibles. Il n'était donc pas besoin d'établir ici une exception qui semble sans objet.

(88) Req., 24 avril 1903, *D. P.*, 1904, I, 115.

Aussi, pour expliquer l'utilité de cette disposition, admet-on généralement que le législateur n'a entendu parler que d'un dépôt irrégulier, par exemple d'un dépôt d'une somme d'argent qui, d'après l'intention commune des parties, ne devait pas nécessairement être restitué au moyen des mêmes espèces monnayées. C'est d'ailleurs dans ces conditions que se pratique le dépôt dans les banques : Le banquier dispose à son gré de l'argent reçu ; il est seulement débiteur d'une somme égale, c'est-à-dire d'une quantité. La compensation serait dans ce cas possible si l'article 1293, alinéa 2, ne s'y opposait pas.

Cet article n'est pas applicable aux remises de fonds qu'une personne fait à un banquier pour le service d'un compte de chèques. Cette remise ne peut pas être assimilée à un dépôt. Si ce banquier est lui-même créancier, par compte courant arrêté, d'une certaine somme au regard du client qui lui a fait la remise, la compensation peut s'opérer légalement entre les fonds versés et le crédit du compte ⁽⁸⁹⁾.

§ III. — DEMANDE EN RESTITUTION DU PRÊT A USAGE

Si le déposant fait preuve de confiance envers le dépositaire, le commodant fait plus encore puisqu'il accomplit en même temps envers le commodataire un acte de bienfaisance en lui donnant une chose pour

(89) Trib. Civ. de la Seine, 1890, *Le Droit* du 20 avril 1890.

qu'il s'en serve. Cette exception est encore plus difficile à expliquer que celle concernant le dépôt, car le prêt à usage est un contrat qui a toujours pour objet un corps certain ⁽⁹⁰⁾. C'est la chose prêtée elle-même qui doit être rendue dans son identique individualité, et si l'emprunteur pouvait en rendre la valeur ce ne serait plus un commodat, mais un « Mutuum » ou prêt de consommation. L'impossibilité où le commodataire se trouve d'échapper à la restitution dont il est tenu, en invoquant la compensation de ce que lui doit le prêteur, est donc une application toute simple des règles de droit commun qui interdisent la compensation des dettes de corps certains et on se demande pourquoi notre texte l'a présentée comme une exception à ces règles.

L'article 1293, alinéa 2, repose sur la confusion que le législateur a faite ici, comme dans l'article 1892, entre les choses fongibles et celles qui se consomment par l'usage ⁽⁹¹⁾. Ces dernières peuvent en effet devenir l'objet d'un commodat quand l'usage spécial et exceptionnel auquel les parties les destinent n'en nécessite pas la consommation ⁽⁹²⁾, mais alors dans ce cas elles ne sont pas fongibles et se trouvent par cela même soustraites à la compensation en vertu de l'article 1291. C'est pour n'avoir pas saisi cette distinction et pour avoir erronément regardé comme fongibles les choses qui se consomment par l'usage, alors

(90) Art. 1875 du Code civil.

(91) AUBRY et RAU, § 166, texte et notes 1 à 4.

(92) Par exemple lorsque les choses ont été empruntées « ad pompam et ostentationem » : pièces de monnaie prêtées à un changeur pour les exposer dans la vitrine.

même qu'elles sont l'objet d'un commodat, que les rédacteurs du Code Civil ont cru devoir établir dans l'article 1293 une règle tout à fait inutile en présence de l'article 1291.

§ IV. — DETTE QUI A POUR CAUSE DES ALIMENTS
DÉCLARÉS INSAISSISSABLES

La quatrième exception prévue par l'article 1293 a trait à la dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables, par conséquent des choses fongibles et qui serait compensable si l'article 1293, par un motif d'humanité, ne l'avait pas soustrait à la compensation ⁽⁹³⁾. Cette exception doit du reste être généralisée et étendue à toute dette qui a pour cause des aliments insaisissables, c'est-à-dire d'après l'article 581 du C. P. C., soit aux provisions alimentaires adjugées par justice, soit aux sommes et pensions données ou léguées à titre d'aliments, bien que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables ⁽⁹⁴⁾.

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître à l'article 1293, alinéa 3, une portée plus générale encore et pour décider que la compensation légale ne s'exerce

(93) Ainsi la compensation n'a pas lieu entre deux créances dont l'une, à raison de son caractère alimentaire, est insaisissable, c'est là une règle d'ordre public. Civ., 3 juillet 1912, *D. P.*, 1913, I, 110.

(94) Bordeaux, 17 mars 1891, *D. P.*, 91, II, 179.

jamais sur les dettes d'objets insaisissables ⁽⁹⁵⁾. En effet, ce qui est saisissable, qu'il s'agisse d'aliments ou de toute autre chose, ne saurait servir de gage à un créancier, qui ne pourrait en aucun cas être admis, lorsque ce qu'il doit à son débiteur est une chose insaisissable, à opposer la compensation. Ce serait un moyen indirect de saisir la chose insaisissable. Aussi peut-on dire qu'il ne s'agit pas ici d'une exception et que la « saisissabilité » est une condition de la compensation. La loi ne l'a pas dit en termes généraux, elle s'est bornée seulement à excepter de la compensation les aliments déclarés insaisissables. Par le raisonnement on découvre la cause qui rend la compensation impossible et cette cause est de telle nature qu'elle a la valeur d'un principe général ⁽⁹⁶⁾.

La jurisprudence admet qu'il faut assimiler, sous le régime dotal, aux dettes alimentaires, les créances dotales, car le caractère de dotalité leur imprime le caractère spécial de subvenir aux charges du ménage, à l'entretien et à l'alimentation de la famille, sans que rien ne puisse le détourner de cette fin essentielle.

Une exception de même nature a été créée par la loi du 12 janvier 1895 relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers et des gens de service.

Aux termes de l'article 4 de cette loi ⁽⁹⁷⁾, aucune

(95) Créances de caractère alimentaire, rentes viagères de la Caisse nationale des retraites, rentes allouées à la suite d'accidents du travail par application de la loi du 9 avril 1898.

(96) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. III, n° 1850.

(97) Il résulte des termes absolus de cet article d'une part que la compensation est impossible, même pour la partie des salaires demeurés saisissables ou cessibles, et d'autre part que la compen-

compensation ne peut s'opérer au profit du patron, entre le montant des salaires dû par lui à son ouvrier et les sommes dont ce dernier est lui-même débiteur pour fournitures diverses ⁽⁹⁸⁾, quelle qu'en soit la nature. Cette disposition a été prise par le législateur pour supprimer les abus que pouvaient faire et que faisaient en réalité les employeurs en vendant à crédit à leurs ouvriers des marchandises et des denrées. Certains patrons établissaient, en effet, à côté de leur usine, un économat ou un magasin de vente d'objets de consommation où l'ouvrier était normalement tenu de se pourvoir. Le jour de la paye venu, on établissait une compensation entre le salaire de l'ouvrier et ses achats de fournitures. Le patron spéculait parfois sur les objets qu'il vendait ; souvent même l'ouvrier qui achetait au delà de ses besoins ne touchait rien et contractait envers son patron une dette qu'il ne pouvait plus éteindre. On a vu des patrons gagner plus d'argent avec leur économat qu'avec leur usine, pendant que leurs ouvriers, qui avaient besoin d'argent, en étaient réduits à prendre à l'économat des objets dont ils n'avaient que faire pour les revendre à vil prix et se procurer ainsi quelques sous. C'est ce procédé appelé : « Truck system », ou système du troc, ou de l'échange, que la loi de 1895 a voulu condamner.

sation facultative ou judiciaire n'est pas plus admissible en cette matière que la compensation légale. Ces prohibitions forment un complément utile des mesures de protection prises par le législateur en faveur de l'ouvrier.

(98) C'est ainsi que le prix d'aliments fournis par le patron à l'ouvrier ne serait pas compensable avec les salaires dûs à ce dernier. La loi ne contient en effet, à cet égard, aucune disposition assimilable à celle qui fait l'objet de l'art. 3 et les exceptions prévues par l'art. 4 ne sauraient être étendues.

Le salaire doit être payé en argent et cette règle doit faire partie de toute une série de mesures prises pour protéger le salaire des ouvriers.

Mais on comprend combien il était difficile de faire respecter cette prohibition de la compensation. Comment empêcher, par exemple, que le patron pèse sur la volonté de l'ouvrier et obtienne de lui, au moment du règlement du salaire, qu'il abandonne entre ses mains une partie de sa solde. La véritable solution a été trouvée dans la suppression des avances de fournitures faites par le patron à l'ouvrier. C'est pourquoi la loi du 25 mars 1910 a interdit aux patrons :

1° D'annexer à leur établissement un économat où ils vendraient directement ou indirectement à leurs ouvriers et employés ou à leurs familles des denrées et marchandises de quelques natures que ce soit ;

2° D'imposer à leurs ouvriers et employés l'obligation de dépenser leurs salaires en totalité ou en partie dans des magasins indiqués par eux ⁽⁹⁹⁾.

Cette mesure seule était efficace. La prohibition de la compensation n'avait en fait que peu de résultat. Les patrons qui avaient d'autres moyens de rentrer dans leurs avances continuaient à opérer des retenues sur les salaires et les ouvriers n'osaient se plaindre tant qu'ils demeuraient à leur service. La suppression des économats a fait disparaître la source même des abus à combattre.

Toutefois si cette règle avait été appliquée dans son intégralité, sans tempérament, le législateur aurait dépassé le but qu'il se proposait d'atteindre et en

(99) Art. 75 à 77, 105 à 107 du Livre I du Code du travail

voulant trop protéger les ouvriers il aurait considérablement lésé les droits de beaucoup d'employeurs.

Aussi, après avoir interdit la compensation au profit des patrons, entre le montant des salaires dûs par eux à leurs ouvriers, et les sommes qui leur seraient dûes à eux-mêmes pour fournitures diverses quelle qu'en soit la nature, il ajoute : « A l'exception cependant :

Des outils et instruments nécessaires au travail ;

Des matières ou matériaux dont l'ouvrier a la charge et l'usage ;

Des sommes avancées par le patron pour l'acquisition de ces objets. »

Qu'elles soient en effet faites en nature ou sous forme de deniers destinés à l'achat de ces objets, ces avances sont nécessairement limitées et rendent incontestablement service à l'ouvrier. Le législateur les a vu d'un œil favorable et pour elles seulement il a autorisé la compensation ⁽¹⁰⁰⁾.

On remarquera que la loi ne limite pas le montant de la compensation. Est-ce à dire que le patron pourra retenir tout le salaire jusqu'à parfait paiement ? Evidemment non, car il y a toujours une part de salaires nécessaire à l'alimentation de l'ouvrier et de sa famille. Au cas de conflit, ce sera aux Tribunaux à fixer cette part.

En dehors des sommes que le patron peut avancer pour l'acquisition des outils et des matériaux et pour lesquels la compensation est permise, il peut encore

(100) Art. IV de la loi du 12 janvier 1895, aujourd'hui art. 50 du Livre I^{er} du Code du travail.

faire à l'ouvrier des avances en argent sans en fixer la destination. Le législateur ⁽¹⁰¹⁾ a prévu ce cas. Bien loin de favoriser ces avances, il a cherché au contraire à en restreindre l'excès, afin d'éviter qu'elles n'enchaînent la liberté de l'ouvrier. En conséquence il a permis au patron créancier de ne se rembourser qu'au moyen de retenues successives ne dépassant pas $1/10$ du montant des salaires exigibles.

La mesure dans laquelle se produit cette compensation soulève aujourd'hui une difficulté : Demeure-t-elle limitée à $1/10$ du salaire indépendant du $1/10$ saisissable comme le décide encore dans sa lettre l'article 51 du Code du travail ? Cela nous paraît impossible. Il faut tenir compte du système nouveau introduit par la loi du 4 août 1930 en matière de saisissabilité des salaires ; les retenues auxquelles pourrait procéder le patron seraient donc, pour cette catégorie de dettes également, limitées à la portion saisissable du salaire, de telle sorte qu'il se trouverait désormais privé de l'avantage que le droit antérieur lui avait conféré en réservant à ces retenues $1/10$ spécial. Aujourd'hui, lorsque le patron est admis à pratiquer la compensation, c'est uniquement sur la fraction du salaire qui est en même temps la fraction saisissable et aussi la fraction cessible.

Quand il s'agit d'amendes encourues par l'ouvrier pour contravention au règlement d'atelier ou pour malfaçons dans l'exécution du travail, des dommages-intérêts dûs pour abus du droit de résiliation, bien

(101) Art. 51 du Livre I du Code du Travail, autrefois art. 5 de la loi de 1895.

que la loi de 1895 n'en ait pas parlé, la possibilité de compenser uniquement pour la partie saisissable est aujourd'hui certaine en jurisprudence ⁽¹⁰²⁾. Elle n'est cependant admise que depuis une date récente. Le 31 mai 1907 la Chambre civile décidait que la compensation légale pouvait s'opérer sans limite entre la dette du salaire et les dettes de l'ouvrier résultant des causes non prévues par la loi de 1895, c'est-à-dire autres que celles d'avances en argent ou de fournitures ⁽¹⁰³⁾. La loi de 1895 ne les ayant pas visées on en déduisait que nulle limite ne restreignait la compensation. C'était oublier ce que la Cour de Cassation a reconnu en 1910, qu'intervenait alors l'article 1293, alinéa 3.

D'une façon générale, et en résumé, pour savoir si le patron peut se rembourser sa créance par voie de retenue sur le salaire de l'ouvrier, et dans quelle mesure il le peut, il faut tenir compte de la cause de cette créance. En principe on doit faire application de la règle qui assimile la possibilité de compenser et celle de saisir. La compensation ne peut s'opérer que jusqu'à concurrence de la fraction saisissable. C'est le système qui s'applique en l'absence de disposition contraire. Et c'est en réalité dans cette mesure que la compensation se produit même pour les créances du patron résultant des fournitures diverses indiquées par l'art. 50 (outils et instruments nécessaires au travail, matières ou matériaux dont l'ouvrier a la charge et l'usage, sommes avancées pour l'acquisition de ces objets) et pour lesquelles la loi a autorisé la compensa-

(102) Civ., 8 mars 1926, *S.*, 1926, I, 109.

(103) Civ., 31 mai 1907, *S.*, 1909, I, 153.

tion. Au fond nous pouvons dire que la compensation limitée au 1/10 du salaire est un principe général auquel des solutions particulières ont été apportées.

§ V. — CRÉANCES OU DETTES DE L'ÉTAT

Aux exceptions admises par l'art. 1293 ou par interprétation de ce texte, il faut en ajouter une autre fondée sur les règles relatives à l'organisation des finances publiques. Elle concerne les impôts dûs à l'Etat à l'égard desquels la compensation n'a jamais été admise afin de ne point exposer les moyens financiers de l'Etat à être subitement paralysés. Le principe a été formellement reconnu dans la discussion au Conseil d'Etat de l'art. 1293 ⁽¹⁰⁴⁾. Si on ne l'a pas consacré dans ce texte, c'est parce qu'il est étranger au droit civil ; mais il est admis par tous les auteurs.

Il n'a été dérogé à cette règle que par la loi du 14 avril 1819 dont l'art. 6 permet à tout propriétaire d'inscription de rente d'en compenser les arrérages, soit avec ses contributions directes, soit avec celles d'un tiers consentant, mais cette compensation est purement facultative.

Conformément au principe que nous venons d'indiquer, il a été jugé qu'il ne peut y avoir de compensation entre la dette d'un droit d'enregistrement et la créance que le débiteur pourrait avoir à exercer contre

(104) LOCRÉ, t. XII, p. 186, n° 15.

l'Etat ⁽¹⁰⁵⁾. Mais on peut opposer à la régie de l'enregistrement la compensation d'un droit indûment perçu et restituable avec celui qui peut faire l'objet d'une perception régulière, à la condition que le droit restituable ait été perçu dans l'arrondissement où doit être acquitté le droit au sujet duquel la compensation est opposée.

Le droit commun reprend son empire lorsque l'Etat et un particulier sont respectivement créancier ou débiteur en vertu d'un contrat, tel qu'un contrat ayant pour objet l'exécution de travaux publics.

Mais la compensation légale ne s'opère, en pareil cas, que si l'Etat est représenté, comme débiteur et comme créancier par la même administration ou régie, et que la compensation n'a pas pour effet de porter atteinte aux règles de la comptabilité financière ⁽¹⁰⁶⁾.

Les mêmes règles sont applicables aux créances des communes ⁽¹⁰⁷⁾. Il faut en dire autant des taxes dues aux associations syndicales en vertu de la loi du 21 juin 1865 ; les propriétaires débiteurs de ces taxes ne peuvent opposer en compensation les créances qu'ils pourraient avoir contre l'association syndicale ⁽¹⁰⁸⁾.

(105) Tribunal Civ. de la Seine, 23 décembre 1871, *D. P.*, 72, III, 5.

(106) Req., 27 novembre 1872, *D. P.*, 73, I, 203. — DESJARDINS, n° 146.

(107) Aix, 11 janvier 1899, *D.*, 1900, II, 33 et la Note de M. Appleton.

(108) Conseil d'Etat, 10 janvier 1890, *D. P.*, 91, III, 57, conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Valabrègue.

§ VI. — CAS OU LES PARTIES RENONCENT

A LA COMPENSATION

La compensation légale a été admise dans l'intérêt des parties, dont elle simplifie la situation en supprimant deux paiements inutiles. C'est une faveur légale qui leur a été accordée et elles peuvent y renoncer car les faveurs ne s'imposent pas.

Les parties peuvent, soit renoncer d'avance au droit de se prévaloir de la compensation, soit renoncer à la compensation acquise. Nous allons étudier successivement ces deux cas :

I. — *De la renonciation anticipée à la compensation*

D'après la très grande majorité des auteurs, les parties peuvent renoncer d'avance au droit d'opposer la compensation. L'opinion contraire qui a été cependant soutenue ⁽¹⁰⁹⁾ invoque un argument tiré de la disposition de l'art. 2220 du Code civil, qui prohibe la renonciation anticipée à la prescription. Mais ce qui est vrai de la prescription fondée sur des considérations d'intérêt général, ne l'est pas de la compensation légale. Celle-ci a été instituée pour l'avantage des particuliers; elle est donc fondée sur des raisons d'intérêt privé. Elle constitue d'ailleurs un mode de paiement et les parties ont toute liberté pour exclure d'avance telle ou telle manière de s'acquitter ⁽¹¹⁰⁾.

(109) TOULLIER, t. VII, n° 393.

(110) AUBRY et RAU, t. IV, § 327, p. 394.

II. — *De la renonciation à la compensation acquise*

La renonciation à la compensation opérée est valable ⁽¹¹¹⁾. Pourquoi chacune des parties ne serait-elle pas libre de renoncer à la compensation qui s'est opérée en sa faveur ?

A la différence de la renonciation « in futurum » qui ne peut avoir lieu que du consentement des deux parties, la renonciation postérieure à la compensation peut-être unilatérale ou bilatérale. Mais dans le premier cas elle ne peut produire d'effet qu'à l'égard de la partie de qui elle émane.

Une pareille renonciation peut avoir lieu expressément ou tacitement ; mais dans le doute elle ne se présume pas. Ainsi le débiteur qui après avoir payé un acompte reste encore redevable d'un solde supérieur ou égal à la somme qui lui est dûe, ne perd pas le droit d'opposer ultérieurement la compensation.

La renonciation est expresse quand elle résulte d'une manifestation spéciale de volonté. Elle doit être en tout cas non équivoque et certaine ; mais elle n'est assujettie à aucune forme spéciale. Elle peut avoir lieu soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, soit même verbalement.

La renonciation a lieu tacitement lorsque les parties ou l'une d'entre elles font un acte qui est incompatible avec les effets de la compensation. Cette renonciation doit également être limitée à l'objet spécial auquel elle s'applique. En conséquence le paiement partiel ne pri-

(111) Req., 11 mai 1880, D., 80, I, 470.

ve pas le débiteur qui l'a fait, du droit d'invoquer l'extinction du surplus de sa dette par compensation.

La renonciation à la compensation résulte le plus souvent du paiement consenti en connaissance de cause par le débiteur qui aurait pu opposer la compensation mais qui ne l'a pas fait ⁽¹¹²⁾. Le code civil a prévu et réglé spécialement ce mode de renonciation dans l'article 1299 ainsi conçu : « Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette ».

Ce texte distingue deux hypothèses :

— Celle où le débiteur qui a payé n'ignorait pas, ou ce qui revient au même, dans la pensée de la loi, n'avait pas une juste cause d'ignorer la compensation qui s'était opérée.

— Celle où au contraire, il avait une juste cause d'ignorer cette compensation.

Lorsque la partie a payé la dette sans ignorer la compensation ou sans avoir une juste cause de l'ignorer, il faut, pour préciser les effets de ce paiement, distinguer suivant qu'il s'agit des tiers ou des parties entre elles.

En ce qui concerne les tiers, le texte est formel : la compensation en s'opérant a éteint irrévocablement la créance avec tous ses accessoires. Quoique l'art.

(112) Req., 6 juillet 1926, *Gaz. Pal.*, 27 octobre 1926.

1299 ne parle que des privilèges et des hypothèques, il est certain que la disposition qu'il édicte est également applicable aux cautionnements qui garantissaient la dette éteinte par compensation ⁽¹¹³⁾.

En considérant maintenant les rapports des parties entre elles, celui des débiteurs qui a payé et qui est lui-même créancier, doit évidemment pouvoir se faire payer à son tour. Mais on se demande par quelle action il pourra poursuivre l'autre partie, c'est-à-dire s'il agira en vertu de son ancienne créance, ou bien en vertu de la « *Condictio indebiti* ». L'intérêt pratique de la question est assez important. En effet la créance originaire pouvait être commerciale, ou constatée par un titre exécutoire, ou bien accompagnée d'une élection de domicile, ou encore productive d'intérêts. Si elle survit, le créancier pourra profiter de tous les avantages qui en découlent ; si au contraire elle est éteinte, il n'a plus qu'une créance nouvelle en répétition de l'indu, créance désormais pure et simple.

Il semble à notre avis que le débiteur qui a payé puisse exercer à son choix son ancienne créance ou la créance nouvelle qui est née à son profit du paiement de l'indu. L'art. 1299 lui permet d'abord formellement d'exercer la créance dont il n'a point opposé la compensation ; donc, dans les rapports des parties, la compensation est considérée comme non avenue. Mais ce bénéfice spécial que l'article 1299 accorde au débiteur qui a payé, ne doit pas le priver du bénéfice du droit commun qui accorde la « *condictio indebiti* »

(113) AUBRY et RAU, t. IV, § 329, p. 399, note 4.

à celui qui a payé ce qu'il ne devait pas. Cette dernière action pourra lui être utile dans le cas où l'ancienne créance par exemple ne produisant pas d'intérêts, le créancier a reçu de mauvaise foi, parce qu'alors en vertu de l'art. 1378 du Code civil, il doit payer les intérêts. Il a été jugé cependant à cet égard que si l'un des débiteurs a payé sa dette, sans opposer la compensation, il ne conserve point une action en paiement de sa créance, mais seulement la « *condictio indebiti* » pour réclamer le paiement de ce qu'il a indûment payé.

Lorsque celui des deux débiteurs qui a payé a eu une juste cause d'ignorer la compensation, comme si par exemple il était devenu avant le paiement héritier d'un créancier de son propre créancier, le décès ayant eu lieu dans un pays éloigné, le législateur considérant la juste erreur dans laquelle le « solvens » s'est trouvé, lui accorde une sorte de « *restitutio in integrum* » contre le paiement et lui permet d'exercer son ancienne créance avec les privilèges ou hypothèques qui la garantissaient. Indépendamment de l'action qui résulte de l'ancienne créance, le débiteur qui a payé ayant une juste cause d'ignorer la compensation, peut exercer la « *condictio indebiti* », si elle est plus avantageuse pour lui, dans le cas où la créance primitive ne produisait pas d'intérêts et où l'autre partie avait reçu le paiement de mauvaise foi ⁽¹¹⁴⁾. C'est à celui des débiteurs qui, après avoir payé, prétend qu'il avait une juste cause d'ignorer la compensation, à en fournir la preuve, car il est demandeur et veut sortir de la

(114) AUBRY et RAU, t. IV, § 329, p. 400.

règle posée par l'art. 1299 pour entrer dans l'exception admise par ce même texte.

Quant à la partie qui a reçu le paiement, si elle avait connaissance de la compensation, l'acceptation du paiement qui lui est offert implique de sa part renonciation. Si elle l'ignorait, elle ne saurait être présumée renonçante ; elle conserverait le droit de se prévaloir de l'extinction qui s'est opérée si elle y trouve quelque avantage, par exemple si sa dette était productive d'intérêts alors que sa créance ne l'était pas. Mais pour cela elle devra préalablement rétablir les choses en l'état où elles se trouvaient avant le paiement, c'est-à-dire restituer ce qu'elle a reçu ⁽¹¹⁵⁾.

L'acceptation du transport d'une créance compensée emporte également renonciation à la compensation. Le débiteur cédé, qui accepte purement et simplement la cession faite à un tiers par son ancien créancier, n'est plus recevable à opposer au cessionnaire la compensation dont il eut pu se prévaloir contre le cédant ; il n'est pas même admis à se faire relever de la renonciation à la compensation qu'a virtuellement entraînée son acceptation de la cession, sous prétexte qu'il ignorait l'existence à son profit de la créance qui avait opéré la compensation ⁽¹¹⁶⁾.

D'un autre côté le débiteur cédé recouvre par suite de l'acceptation du transport son ancienne action contre le cédant. Toutefois il ne peut plus se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges, hypothèques, ou cautionnements attachés à la créance, à moins cepen-

(115) AUBRY et RAU, t. IV, § 329, p. 401.

(116) Art. 1295, alinéa 1 du Code civil.

dant qu'il n'ait accepté le transport que dans l'ignorance de la compensation.

Le cessionnaire d'une créance éteinte par compensation ne peut même au cas où le transport aurait été purement et simplement accepté par le débiteur cédé, faire valoir au préjudice des tiers les accessoires autrefois attachés à cette créance ⁽¹¹⁷⁾.

SECTION III

Comment s'opère la compensation légale Ses effets

§ I. — COMMENT S'OPÈRE LA COMPENSATION LÉGALE

« La compensation légale nous dit l'art. 1290 s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ».

Se produisant par la force de la loi, elle ne dépend pas plus du juge que des parties. Si par exemple Primus est débiteur de Secundus, mais s'il a contre lui deux créances dont une seule réunit les conditions requises, c'est avec cette dernière que sa dette se com-

(117) COLMET DE SANTERRE, V, 247 bis.

pensera, sans que le juge puisse suspendre ou rétracter la compensation pour l'opérer plus tard au moyen de l'autre créance.

Mais bien que la compensation s'opère de plein droit, il n'en est pas moins vrai qu'elle doit être opposée en justice quand l'une des parties agit contre l'autre pour obtenir d'elle un paiement. Il faut évidemment que la partie poursuivie la fasse connaître au juge comme elle lui ferait connaître le paiement ou toute autre cause d'extinction de la dette. Mais le juge n'a pas à prononcer la compensation, il doit seulement la constater.

La compensation n'étant qu'une défense, celui qui l'oppose n'est pas tenu d'introduire par voie d'ajournement, une demande reconventionnelle, une simple requête suffit. Si la compensation doit être opposée par le défendeur, il ne faut pas en conclure qu'elle doive être opposée avant toute autre exception, car il ne s'agit pas ici d'une exception ; la dette pour laquelle le débiteur est poursuivi est éteinte par la loi et le débiteur peut toujours opposer à l'action du créancier qu'il est libéré. Il a été jugé en conséquence par la Cour de Cassation ⁽¹¹⁸⁾ que la compensation entre deux dettes qui se trouvent respectivement dans les conditions de liquidité et d'exigibilité a lieu de plein droit, quoique celui qui l'invoque ne l'ait opposée que subsidiairement et pour le cas où sa propre dette n'aurait pas été l'objet d'un autre mode d'extinction.

On peut opposer la compensation en tout état de

(118) Cass., 4 mars 1867, *D.*, 67, I, 425.

cause, en première instance jusqu'au jugement. On peut également l'opposer en appel pour la première fois comme on opposerait le mode d'extinction résultant du paiement ⁽¹¹⁹⁾. Il en est ainsi, alors même que la créance opposée n'aurait pris naissance que depuis l'appel et qu'elle serait supérieure à celle qui faisait l'objet de la demande.

La compensation peut même être opposée sur l'exécution du jugement ou de l'arrêt qui condamne à payer la dette compensée : le débiteur est toujours censé condamné à payer en deniers ou quittances et la compensation équivaut à un paiement ⁽¹²⁰⁾.

Si toutefois le défendeur avait opposé la compensation dans le cours de l'instance et si le tribunal l'avait rejetée, il y aurait chose jugée et par suite le débiteur ne pourrait plus prétendre que sa dette est éteinte par compensation. Mais on ne pourrait faire un moyen de cassation en soutenant que la compensation n'a pas été prononcée par le juge, si elle n'a pas été opposée par les parties. En conséquence on n'est pas recevable à prétendre devant la Cour de Cassation, qu'un arrêt a inégalement refusé d'accueillir un moyen de compensation, quand il ne résulte ni des conclusions, ni des questions posées que ce moyen ait été opposé devant la Cour.

De même lorsqu'un arrêt déclare, par suite d'une appréciation d'actes, qu'une créance n'a pas cessé d'exister, on ne peut soutenir devant la Cour de Cas-

(119) Art. 464 du C. P. C.

(120) AUBRY et RAU, t. IV, § 328.

sation que cette créance s'est éteinte par l'effet de la compensation.

La compensation enfin ne peut être non plus opposée pour la première fois devant le Conseil d'Etat.

§ II. — EFFETS DE LA COMPENSATION LÉGALE

La compensation est dans notre droit actuel un mode d'extinction des obligations ayant pour fondement un double paiement fictif et abrégé, qui est censé avoir eu lieu dès l'instant de la coexistence des deux dettes : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives : » Si les dettes sont inégales, la plus faible est éteinte en totalité et l'autre jusqu'à concurrence du montant de la première. Le créancier de la dette la plus forte ne reçoit paiement que pour une partie de sa créance, ce qui constitue une exception au principe posé par l'art. 1244 du Code civil, d'après lequel le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible : « *Compensatio est instar solutionis* ».

Les effets de la compensation ne sauraient donc en principe être autres que ceux du paiement.

— Il en résulte d'abord que toutes les sûretés attachées aux deux créances disparaissent avec elles. Ainsi

les privilèges et les hypothèques sont anéantis et le débiteur qui avait donné un objet en gage a le droit de le reprendre, mais à la condition que la dette soit intégralement acquittée par la compensation ou au moyen d'un appoint en espèces, du moment que le gage, le privilège et l'hypothèque sont indivisibles. Les cautionnements tombent également et les cautions sont libérées.

— Les intérêts cessent de courir à partir du moment où les deux créances coexistent, sans distinguer si elles produisaient des intérêts égaux ou inégaux, ou même si l'une d'elles seulement en produisait alors que l'autre n'en produisait pas. Mais si l'une des créances était d'un chiffre supérieur à celui de l'autre, cette créance subsistant encore « *parte in qua* », continuerait à produire des intérêts pour le restant.

La compensation arrête le cours de la prescription, sans qu'il y ait lieu non plus de distinguer si elle est opposée avant l'expiration du temps au bout duquel la prescription se serait accomplie, ou après l'expiration de ce temps, car une dette qui légalement n'existe plus, ne peut être soumise à une prescription quelconque. En conséquence un débiteur poursuivi en paiement d'une dette peut opposer en compensation une créance prescrite au moment où la compensation est opposée, pourvu que la prescription ne soit pas consommée au moment où la dette était payable ⁽¹²¹⁾. Spécialement la compensation opposée par un médecin à raison de ce qui lui est dû pour le paiement de ses visites s'opérant de plein droit, et éteignant jusqu'à

(121) Cass., 30 janvier 1855, *D.*, 55, I, 120.

dûe concurrence sa dette, sans qu'il soit obligé de former une demande en paiement, il en résulte qu'on ne saurait être admis à la repousser parce que le délai fixé par l'art. 2272 du Code civil est expiré.

— L'art. 1297 du Code civil consacre à un autre point de vue l'assimilation des effets de la compensation et de ceux du paiement. Il déclare : « Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dûes par la même personne, on suit pour la compensation les règles établies pour l'imputation par l'art 1256 ». En conséquence lorsqu'une personne qui est débitrice envers le même créancier de plusieurs sommes d'argent liquides et exigibles, devient créancière de son créancier pour une somme également liquide et exigible, la compensation a pour effet d'éteindre celle des dettes qui aurait été d'abord éteinte par un paiement effectif. Toutefois si la créance de cette personne porte sur une somme liquide et exigible, à une époque où l'une seulement des sommes qu'elle doit à son créancier est liquide et exigible, la compensation s'opère de plein droit entre ces deux dettes ⁽¹²²⁾. Comme le paiement, la compensation doit donc être imputée sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter parmi celles qui sont échues. Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne et toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

L'application à la compensation des dispositions de l'art. 1256 du Code civil suppose évidemment que les dettes de l'une des parties sont échues avant la dette unique de l'autre. S'il n'en était pas ainsi, si la dette

(122) Req., 2 mai 1860, *D. P.*, 61, I, 114.

unique d'une partie était arrivée à échéance à une époque où une seule des dettes de l'autre partie était également devenue exigible, la compensation s'opérerait de plein droit entre ces deux dettes et il ne pourrait y avoir lieu à l'application de l'art. 1256.

— Les deux créances éteintes de plein droit par la compensation ne peuvent plus donner lieu à des poursuites contre le débiteur, et les droits qu'une partie peut exercer jusqu'au paiement cessent d'exister. Ainsi la collocation d'un créancier, dont la créance est éteinte par voie de compensation, manque de base et en conséquence, toute personne intéressée peut s'opposer à la délivrance des bordereaux ou des deniers ⁽¹²³⁾. Egalement lorsque des arbitres saisis de contestations relatives à deux sociétés différentes entre les mêmes personnes, après avoir déclaré l'un des associés débiteur de la première société, ont reconnu qu'il était créancier de la seconde pour une certaine somme qu'ils fixent par provision, sans préjudice aux droits des parties et qui a compensé sa dette, au moyen de quoi les premières condamnations se trouvent acquittées, les tribunaux peuvent lui donner main-levée des poursuites dirigées contre lui à raison de ces condamnations.

Celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû étant obligé de restituer, compense immédiatement et par la seule force de la loi cette dette avec la créance liquide et exigible qu'il a contre la personne dont il a reçu le paiement, de telle sorte qu'il ne pourrait repousser la compensation par ce motif qu'il n'aurait acquitté postérieurement et suivant un engagement auquel il s'était

(123) Req., 5 août 1875, *D. P.*, 76, I, 83.

soumis, certaines dettes de cette personne dont la valeur serait supérieure à la somme qui lui a été payée par erreur.

— Les effets de la compensation ne peuvent point se produire au préjudice des tiers. Ce principe, nous l'avons déjà vu, est au fond une condition de la compensation. Nous l'avons déjà étudié, nous n'y reviendrons pas. La compensation reposant sur la fiction d'un double paiement ne peut être admise là où le paiement lui-même n'est pas possible. Or, il y a certains cas où le débiteur ne peut pas payer son créancier parce que des tiers ont acquis des droits sur les valeurs qui forment l'objet de sa dette. La compensation est donc impossible dans ces mêmes cas, puisqu'elle préjudicierait aux droits des tiers autant que le paiement. L'art. 1298 du Code civil, parle des droits acquis aux tiers. Il en résulte que lorsqu'un débiteur est insolvable, la compensation légale qui s'opère entre lui et l'un de ses créanciers porte aux autres un préjudice évident, car la créance qui était le gage commun de tous sert à payer intégralement l'un d'entre eux, alors que les autres sont astreints à attendre un dividende réduit naturellement par ce paiement intégral. Cependant nul n'a la faculté de s'opposer à la compensation, parce que le droit de chacun est non pas un droit acquis, enlevant au débiteur la libre disposition de sa créance, mais un droit purement éventuel.

La saisie-arrêt n'est pas du reste le seul cas auquel s'applique la règle posée par l'art. 1298, d'après laquelle la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. La formule même de cet

article en témoigne : « ainsi », dit-il. Nous en avons déjà trouvé une autre application dans l'art. 1295 : « le cédé ne peut pas opposer au cessionnaire la compensation qui se serait opérée entre lui et le cédant, car elle aurait lieu au préjudice du droit acquis au cessionnaire. Il y a toutefois une différence entre la cession et la saisie-arrêt. Le débiteur cédé, créancier du cédant, ne peut rien retenir sur sa dette pour se payer lui-même. Au contraire, la saisie ne conférant aucun privilège au saisissant, le tiers saisi peut venir en concours avec ce dernier et la compensation s'opère de plein droit sur ce qui lui revient dans la contribution ».

La règle de l'art. 1298 s'applique encore, nous l'avons vu, en matière de faillite et dans le cas d'acquisition d'un immeuble grevé d'hypothèques ou d'adjudication sur expropriation forcée.

Il ne faut tout de même pas exagérer la portée de la formule : « La compensation s'opère de plein droit ». Le caractère automatique de la compensation prend tout son sens si l'on considère le moment à partir duquel elle produit ses effets, la date jusqu'à laquelle les tiers peuvent acquérir un droit susceptible d'y faire obstacle et à partir de laquelle ils peuvent au contraire avoir un droit acquis à son maintien définitif. L'extinction respective des dettes remonte au jour où elles ont coexisté et où se sont trouvées remplies les conditions de la compensation. Le juge ne fait que vérifier qu'elle s'est accomplie d'elle-même à ce moment.

Mais cette formule ne signifie pas que la compen-

sation ait lieu impérativement, malgré le silence de l'intéressé ou même sa volonté. Elle opère automatiquement à son égard, mais en quelque sorte provisoirement, sous réserve du droit incontesté qu'il a de ne pas s'en prévaloir ou de renoncer à la compensation déjà acquise. Elle doit être invoquée formellement en justice, sans quoi le débiteur poursuivi ne pourrait qu'être condamné à payer sa dette, sauf à réclamer ensuite dans une nouvelle instance ce qui lui est dû. Cette solution s'explique d'abord par le fait que la plupart du temps les juges ignoreraient par eux-mêmes la compensation qui aurait pu s'opérer, si elle n'était opposée par le débiteur poursuivi. De plus quand bien même ils en auraient connaissance, leurs pouvoirs ne vont pas jusqu'à leur permettre de suppléer d'office un moyen de défense qui n'est pas d'ordre public, alors surtout que le silence du débiteur peut résulter de l'intention qu'il a de renoncer au bénéfice de la compensation.

CHAPITRE II

De la compensation facultative

SECTION I

Généralités

La compensation facultative est celle qui s'opère par la volonté d'une des parties lorsque l'absence d'une des conditions prescrites empêche la compensation légale de se réaliser. Ainsi l'une des dettes n'est pas liquide ou exigible, ou elle résulte d'un dépôt ou leurs objets ne sont pas fongibles, ou bien sont insaisissables. La compensation, qui ne peut jouer de plein droit, va néanmoins s'accomplir si celui, dans l'intérêt duquel elle était écartée par la loi, accepte qu'elle se réalise. Elle nécessite donc la volonté d'une seule des parties quand la condition qui fait défaut pour la compensation légale est établie dans son intérêt seul.

Il suffit que celui qui avait droit au bénéfice du terme y renonce, que le déposant, le commodataire ou le créancier de la créance insaisissable accepte la compensation pour qu'immédiatement celle-ci se réalise. Il faudra toutefois l'accord des deux intéressés si le terme

a été stipulé à leur profit commun ou si l'obstacle provient de l'absence de liquidité.

Le Code civil ne parle pas de la compensation facultative et c'est à tort, nous l'avons vu, que certains auteurs ont cru voir dans les articles 1291 et 1296 du Code civil des cas particuliers de compensation facultative. Ils se sont trompés sur la véritable signification des mots : « peuvent se compenser, on n'en peut opposer la compensation. »

Il existe une certaine ressemblance entre la compensation facultative et la compensation conventionnelle, mais il ne faut cependant pas les confondre. Toutes les deux ne se conçoivent que si les conditions nécessaires pour la compensation légale ne sont pas réunies. Mais à la différence de la compensation facultative, la compensation conventionnelle suppose que l'obstacle à la compensation légale existe dans l'intérêt des deux parties, et en conséquence, elle ne saurait avoir lieu que si l'une et l'autre y consentent. Cette compensation, comme son nom l'indique, résulte de la volonté commune des parties. Elle est donc gouvernée par le principe de la liberté des conventions et nous n'avons pas, en ce qui la concerne, à formuler de règles particulières.

SECTION II

Conditions

La compensation facultative est possible toutes les fois que la compensation légale est empêchée par un obstacle établi dans l'intérêt de l'une des parties seulement. La nature de cet obstacle variera ; il peut consister dans l'absence de l'une quelconque des conditions nécessaires à la compensation légale.

Si nous supposons par exemple que l'une des parties n'est pas personnellement et principalement créancière ou débitrice de l'une des deux dettes, la compensation légale ne pourra pas s'opérer puisque la condition essentielle fait défaut. Mais dans certaines hypothèses il en sera autrement de la compensation facultative. C'est ainsi, nous l'avons vu, que si la dette du débiteur principal ne se compense pas de plein droit avec ce que le créancier doit à la caution, celle-ci peut, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier, lui opposer sa propre créance en compensation.

— Lorsqu'un terme a été stipulé en faveur de l'une des parties seulement, celle-ci en renonçant à en bénéficier peut invoquer la compensation.

— Si les objets des deux obligations ne sont pas fongibles entre eux, la compensation légale est impossible, mais la compensation facultative pourra s'opérer si l'une des parties renonce à invoquer la non fongibilité.

— De même le créancier dont le droit est insaisis-

sable est admis, s'il le veut bien, à rendre sa créance compensable en renonçant au bénéfice de l'insaisissabilité, qui a été exclusivement établie à son profit.

— Enfin dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1293, le propriétaire spolié, le déposant ou le prêteur ont la même faculté d'invoquer la compensation, puisque c'est uniquement dans leur intérêt que la compensation légale a été écartée.

La compensation facultative peut toujours être invoquée par l'une des parties, quand l'une des conditions exigée pour la compensation légale fait défaut. Elle ne rencontre d'autres limites que l'ordre public. Ainsi est-elle exclue en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, car dans ces cas aucun paiement n'est possible. A la différence même de la compensation légale, elle est exclue non seulement à partir du jugement déclaratif, mais dès la période suspecte, puisque c'est un des modes de paiement qu'annule de plein droit l'art. 446 du Code de commerce.

C'est surtout en cas de renonciation à l'insaisissabilité que l'ordre public intervient. La jurisprudence en a fait une application importante aux salaires des ouvriers :

— Les chefs d'industrie recouraient volontiers à la compensation des salaires avec leurs créances contre leurs ouvriers, pensant pouvoir, de cette façon se payer de leurs créances, sans violer la loi de 1895. Mais la Cour de Cassation saisie de la question a repoussé la validité de l'opération par deux arrêts successifs ⁽¹⁾. Le

(1) Civ., 21 juillet 1909, *D.*, 1910, I, 26 ; 1^{er} juin 1910, *D.*, 1910, I, 297.

premier a déclaré nulle la convention de compensation même conclue au moment du paiement du salaire, comme contraire aux dispositions d'ordre public des art. 50 et 51 du Liv. I du Code du travail. Le second plus modéré dans sa rédaction aboutit à peu près au même résultat pratique : « Le patron, dit-il, doit mettre à la disposition de l'ouvrier la fraction insaisissable de son salaire », ce qui implique que celui-ci, aussitôt après, pourrait valablement en abandonner une partie au patron pour se libérer de ses dettes. La Cour de Cassation entend par là que cet abandon ait lieu en toute liberté, dans des conditions telles que l'ouvrier puisse s'il voulait s'y refuser. Or, en fait, ces circonstances ne se rencontrent guère tant que l'ouvrier demeure au service de son créancier ; il est tenu d'accepter les retenues proposées par le patron, comme le prouvent les affaires portées en justice ; le salarié ne recouvre sa liberté que quand il a quitté l'usine, de sorte que le plus souvent la compensation conventionnelle est viciée et l'on peut dire qu'elle n'est pas plus réalisable que la compensation légale. Les décisions de la Cour de Cassation ont causé une certaine émotion, mais il n'est pas douteux qu'elles s'imposaient pour assurer l'exacte observation de la loi sur l'insaisissabilité des salaires qu'il était autrement beaucoup trop facile de tourner (2).

La compensation facultative, à la différence de la compensation légale n'est possible que si les deux dettes sont égales. Ainsi elle ne saurait dans le cas con-

(2) CAPITANT et CUCHE *Cours de législation industrielle* p. 242.

traire, s'opérer jusqu'à concurrence de la dette la plus faible. En d'autres termes, si la compensation légale peut avoir pour conséquences d'imposer à l'un des créanciers un paiement partiel, il en est autrement de la compensation facultative. L'art. 1290 d'après lequel la dette la plus forte est éteinte jusqu'à concurrence du montant de la dette la plus faible, consacre une exception à la règle que le créancier ne peut être contraint de recevoir un paiement partiel. Cette disposition doit être restreinte au cas spécial qu'elle prévoit.

La compensation facultative est encore possible, lorsqu'un tiers voulant payer la dette du débiteur, comme il en a le droit, en vertu de l'art. 1236 du Code civil, et d'autre part, se trouvant créancier de la personne qui est créancière du débiteur en question, compense la dette de ce débiteur avec sa propre créance. Mais dans ce cas il faut que l'extinction de la dette soit totale.

SECTION III

Comment s'opère la compensation facultative

La compensation facultative s'opère dès que celle des parties, dans l'intérêt de laquelle existe l'obstacle à la compensation légale, déclare sa volonté de la voir s'opérer, et c'est uniquement de cette volonté dont elle dépend. Il est sans doute nécessaire, si l'autre partie la conteste, que le juge se prononce, mais en pareil

cas il n'a point un pouvoir d'appréciation qui lui appartient en matière de compensation judiciaire, et son rôle se borne seulement à constater la compensation.

La compensation facultative s'opère soit par voie d'exception, lorsque celui des débiteurs qui a la faculté de l'opposer est poursuivi par son créancier, soit par voie d'action, lorsque c'est lui qui prend l'initiative et qui déclare à son créancier la volonté de l'opposer.

Quelle que soit d'ailleurs la manière dont elle s'opère, le juge n'intervient que pour la constater, comme la compensation légale.

Du moment où la partie dans l'intérêt de laquelle existe un empêchement, déclare y renoncer, la compensation s'opère. Si les parties sont devant la justice, celle qui peut et qui veut opposer la compensation facultative, n'a donc qu'à déclarer son intention, pour qu'aussitôt le cours de l'action principale soit arrêté.

La compensation facultative s'opérant à l'instant même où la partie intéressée déclare supprimer l'obstacle à la compensation, une demande incidente n'est pas nécessaire pour qu'elle se produise ; une simple requête suffit. On doit également reconnaître qu'elle peut être opposée en tout état de cause, même après l'appel et même sur l'exécution d'un jugement passé en force de chose jugée. Toutefois le défendeur qui oppose la compensation doit supporter les frais qui ont été faits par le demandeur jusqu'au moment où la compensation a eu lieu, car jusqu'à ce moment la demande était fondée.

SECTION IV

Effets de la compensation facultative

Une fois opposée la compensation facultative produit les mêmes effets que la compensation légale. Ainsi elle entraîne l'extinction de la dette et de toutes les garanties accessoires. Sans rappeler ici tous les effets de la compensation légale, nous dirons en ce qui concerne l'imputation de la dette compensée, que la compensation peut être dirigée par celui qui l'oppose de la même manière qu'il pourrait diriger l'imputation s'il faisait un paiement réel.

Mais à partir de quelle époque la compensation facultative produit-elle ses effets ? Est-ce du moment où les deux dettes ont coexisté ou du moment où elle est opposée ? Cette dernière solution nous paraît être la seule juridique. La compensation facultative n'a pas lieu de plein droit, comme la compensation légale. Elle ne s'accomplit que si elle est opposée ; ce n'est pas seulement pour la révéler au juge qu'une déclaration de volonté est nécessaire, mais bien pour la réaliser. Donc à la différence de la compensation légale, elle ne saurait produire ses effets du jour de la coexistence des dettes. Résultant uniquement de la volonté des intéressés, la compensation facultative ne produit ses effets qu'au moment même où le consentement nécessaire est donné et toutes les conséquences qui en résultent ne datent que de ce jour, sans rétroactivité.

La compensation facultative ne peut pas davantage rétroagir au préjudice des tiers. Une fois qu'elle s'est opérée par la renonciation de l'un des débiteurs, elle est définitivement accomplie. Elle ne peut être révoquée ni par la volonté unilatérale de ce débiteur, ni même par le consentement mutuel des parties au préjudice des droits acquis aux tiers.

CHAPITRE III

De la compensation judiciaire

SECTION I

Généralités

La compensation reconventionnelle ou judiciaire est celle qui est prononcée par le Juge lorsqu'un débiteur poursuivi en paiement, a formé une demande reconventionnelle à l'effet d'opposer au demandeur une créance qui ne réunit pas toutes les conditions voulues, pour la compensation légale.

Quand l'obstacle mis à la compensation légale n'existe plus en faveur du seul défendeur, quand la créance qu'il invoque n'est pas liquide, sa volonté ne suffit plus pour que la compensation s'opère ; il faut qu'il forme lui-même une demande réciproque tendant à ce que cette créance soit préalablement liquidée, pour ensuite être compensée avec celle du demandeur.

Il appartient au juge saisi de la demande reconventionnelle d'apprécier si elle présente un degré de vraisemblance tel qu'elle justifie une instruction immédiate et un sursis au jugement de la demande principale

déjà instruite et reconnue fondée, ou si, au contraire, il n'y a pas lieu de statuer sur celle-ci et de rendre un jugement de condamnation contre le défendeur sans s'arrêter à sa demande reconventionnelle. Dans la pratique, c'est à ce dernier parti que s'arrêtent les tribunaux ⁽¹⁾. Mais les juges peuvent surseoir à statuer jusqu'à ce que la créance invoquée par le défendeur soit liquidée. ⁽²⁾.

La compensation judiciaire est admise par notre législation actuelle et, si le Code civil n'en parle pas, nous trouvons son existence dans l'article 464 du C. P. C. Ce texte dispose : « Qu'il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale ». En employant dans cet article le mot compensation, le législateur n'a certainement pas pensé à la compensation légale, ni même à la compensation facultative, car l'une ou l'autre, quand elle est opposée en appel, constitue non pas une demande nouvelle, mais un moyen nouveau.

Si la compensation judiciaire suppose que la créance du défendeur n'est pas liquide, elle suppose au contraire que cette créance est exigible. Si celle-ci est affectée d'un terme, la demande reconventionnelle doit être rejetée, car le paiement ne peut être dans ce cas exigé avant l'échéance. Le juge doit statuer sur la demande originaire sauf au défendeur actuel de former

(1) Req., 15 juillet 1885, *D. P.*, 86, I, 248.

(2) Chambéry, 7 août 1906. *La Loi* du 8 novembre.

ensuite une action principale une fois le terme échu.

Il est à remarquer qu'après avoir dit : « Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune demande », l'art. 464 du C. P. C. ajoute : « A moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale : » Ces deux conditions n'étant exigées que disjonctivement, une demande reconventionnelle est admissible en cause d'appel quand il s'agit de compensation, alors même que la reconvention ne constitue pas une défense à la demande primitive.

L'application de l'art. 464 peut donc avoir pour conséquence de priver le demandeur principal de la garantie des deux degrés de juridiction. C'est incontestablement une conséquence très grave. Si le législateur en a admis la possibilité, c'est évidemment en considération des grands avantages que présente la reconvention et parce que les juges ont la faculté de la rejeter lorsqu'en fait elle donnerait lieu à des abus.

La compensation peut être demandée reconventionnellement, en cause d'appel, alors même que la créance du défendeur est supérieure à celle du demandeur. Dans ce cas, la demande reconventionnelle peut avoir pour résultat, non seulement de faire absoudre le défendeur originaire, mais encore de faire condamner le demandeur primitif à payer la différence. Peu importe que, dans la mesure de celle-ci, la demande reconventionnelle ne constitue pas une défense et qu'elle ait le caractère de demande nouvelle. L'art. 464 dispose en termes généraux que la compensation peut être demandée pour la première fois en cause d'appel.

La reconvention est admissible même lorsque le tribunal est incompetent « *ratione personæ* », elle ne l'est pas au contraire lorsque le tribunal est incompetent « *ratione materiæ* ». L'incompétence « *ratione materiæ* » est d'ordre public ; elle s'oppose donc à ce que la juridiction puisse être prorogée par les parties. Quand une demande reconventionnelle est formée au mépris de cette règle, le juge doit la renvoyer même d'office devant le tribunal compétent, en conservant la connaissance de la demande originaire.

SECTION II

Comment s'opère la compensation judiciaire Ses effets

La compensation judiciaire ne s'opère jamais de plein droit. Elle n'a lieu qu'en vertu de la décision judiciaire qui l'a prononcé ⁽³⁾. Elle diffère donc de la compensation légale qui s'opère de plein droit dès l'instant où les deux créances coexistent et de la compensation facultative qui se produit également de plein droit, mais seulement dès l'instant où la partie intéressée a déclaré lever l'obstacle qui empêchait la compensation légale. Il résulte qu'il ne peut jamais y avoir de compensation reconventionnelle qu'à la suite d'une demande formée en justice.

(3) Req., 25 juillet 1892, *D. P.*, 92, I, 488.

Il n'y a aucune distinction à établir au point de vue de la nature des effets produits par les trois espèces de compensation. Mais les auteurs discutent toutefois sur le point de savoir si les effets de la compensation reconventionnelle datent du jour où le jugement a admis la demande reconventionnelle, ou s'ils remontent à l'époque où cette demande a été formée. C'est dans le premier sens que nous nous prononcerons. La compensation reconventionnelle dépend du juge qui est libre de la refuser. Ses effets ne peuvent donc se produire que du jour où il l'a prononcée. Ainsi il y a encore une différence importante entre elle et la compensation facultative, car cette dernière dépendant exclusivement de la partie intéressée, constitue pour elle un droit à l'instant même où elle est invoquée, et en conséquence dès cet instant elle produit tous ses effets.

Certains auteurs ont objecté ⁽⁴⁾ que les jugements sont simplement déclaratifs des droits des parties et que par ce fait ils rétroagissent au jour de la demande. Mais ce principe ne s'applique pas quand les jugements créent un droit. Or, tel est bien le cas de la décision qui, sur une demande reconventionnelle, prononce la compensation, car il ne faut l'oublier la compensation reconventionnelle est avant tout l'œuvre du juge.

(4) AUBRY et RAU, p. 396.

CHAPITRE IV

Avantages et inconvénients de la théorie de la compensation légale et de la compensation judiciaire

La compensation était judiciaire à Rome. Par suite d'une fausse interprétation des textes romains, commise par les commentateurs et reproduite par les rédacteurs du Code civil, elle est en France devenue légale. A laquelle de ces deux formes convient-il d'accorder la préférence ? C'est une question qui présente à l'heure actuelle d'autant plus d'intérêt, que la compensation est appelée à prendre de nos jours une importance toute particulière.

Nous avons vu fonctionner au cours des siècles et à travers les législations différentes ces deux modes de compensation ; nous nous bornerons à en examiner seulement les avantages et les inconvénients, laissant à d'autres beaucoup plus autorisés que nous, le soin de résoudre un problème aussi difficile et aussi délicat. Nous n'avons du reste pas assez d'autorité pour le faire.

Le système de la compensation légale qui paraît au premier abord le plus simple, dont le droit romain

tendait à se rapprocher de plus en plus et qui a prévalu dans notre ancien droit et dans notre droit actuel, n'est pourtant ni le plus logique, ni le meilleur.

La compensation n'est point une cause naturelle d'extinction des obligations ; les déclarer éteintes par le seul fait de la loi du moment qu'elles coexistent, c'est substituer une fiction légale à la nature des choses.

Le principe de la compensation légale, bien qu'en théorie le plus équitable puisqu'il fixe d'une manière définitive le droit des parties, présente toutefois dans la pratique le double inconvénient d'être trop étroit et trop absolu. Trop étroit, parce qu'il n'est applicable que dans des cas strictement prévus par le législateur et lorsque les créances présentent une parfaite identité. L'adopter dans sa rigidité, ce serait vouloir se condamner à être souvent injuste, en déclarant qu'à l'exception de ces cas il n'y a pas de compensation possible, ou à lui être souvent infidèle si l'on veut admettre la compensation par équité. Trop absolu parce qu'il agit automatiquement, avec brutalité, sans tenir compte des faits des circonstances de la cause qu'il ne faut jamais pourtant perdre de vue.

Aussi la loi a-t-elle été obligée de déroger elle-même à ce principe, de corriger ce qu'aurait de trop rigoureux son exacte application, en ce qui concerne par exemple les droits des tiers ou dans certains cas ceux des parties, en déclarant dans son article 1299 que celui qui a payé une dette éteinte de plein droit par compensation, ne peut plus en exerçant la créance, dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir

au préjudice des tiers des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

La jurisprudence elle-même fidèle au véritable principe de la compensation qui est l'équité, mais infidèle à la loi l'a abandonné franchement toutes les fois qu'il conduisait à un résultat inique, par exemple dans les relations de bailleur à preneur et surtout dans les comptes courants.

Le principe de la compensation judiciaire nous paraît être plus conforme à la nature des choses et plus facilement applicable à tous les cas. Il semble plus apte à mieux garantir les droits respectifs des parties, car la sage et clairvoyante sagesse du juge est souvent préférable à l'action brutale et aveugle de la loi. Toutefois, tandis que la compensation légale fixe définitivement le droit des parties, la compensation judiciaire dépend de celui qui sait se réserver le rôle de défendeur : elle exige un procès, des frais ; l'incertitude et la rétroactivité présentent souvent de graves inconvénients. Le législateur l'a si bien compris qu'il n'a jamais adopté l'un des deux systèmes sans le tempérer par des emprunts faits au principe opposé. Si la loi romaine fait résulter la compensation de la déclaration du juge, elle en fait souvent rétroagir les effets jusqu'au moment où ont coexisté les deux créances ; et à l'inverse, la loi moderne, tout en faisant dater de ce moment l'accomplissement de la compensation, en recule souvent les effets jusqu'au jour où elle est déclarée par le juge.

Les deux législations bien que partant de points diamétralement opposés semblent converger vers un centre commun où l'équité les attire. Ainsi l'on n'a pu parvenir encore à une théorie qui satisfît pleinement à la fois aux besoins de l'équité et aux exigences de la logique, et la formule définitive de la compensation est encore à trouver.

En résumé, le principe de la compensation légale et celui de la compensation judiciaire doivent être réunis dans une sage mesure pour concilier du mieux possible le droit et l'équité.

CHAPITRE V

De la compensation dans les législations étrangères

SECTION I

Généralités

La compensation légale s'est introduite dans nos lois par une porte dérobée grâce à une erreur de doctrine. Mais une erreur qui s'est imposée pendant des siècles à la plupart des jurisconsultes, qui s'est fait admettre dans presque toutes les législations, offre certainement de réels avantages. La compensation légale malgré les inconvénients que nous avons signalés devait l'emporter sur la compensation judiciaire, non seulement parce que la notion en était plus simple, mais encore parce que prise dans son ensemble l'application en était plus équitable.

Si nous interrogeons les législations étrangères, la plupart d'ailleurs inspirées directement par le droit romain ou par le code Napoléon, nous trouvons presque partout consacré le principe de la compensation légale dans les pays les moins semblables, en Hollande com-

me en Louisiane, dans les lois déjà anciennes comme dans les plus récentes, dans le code bava-rois de 1750 ⁽¹⁾ comme dans le code promulgué à Modène en 1852. Tel est également le principe adopté par les codes d'Autriche ⁽²⁾ et de Prusse ⁽³⁾, par le droit commun allemand, par le Code serbe de 1844 ⁽⁴⁾ et par les lois de la plupart des cantons suisses, notamment de Lucerne, de Soleure, de Vaud, du Tessin et du Valais.

Le principe de la compensation légale est admis également par les différents codes Italiens de Sardaigne, des Deux-Siciles, de Parme et de Plaisance et par la législation de la Grèce.

Nous trouvons cependant quelques exceptions à ce principe, presque partout d'ailleurs tempéré par un retour dans certains cas à la compensation judiciaire. Le Code de Berne admet notamment qu'à moins qu'il n'existe un compte ouvert entre les parties, la compensation ne peut s'opérer que si celles-ci en conviennent ⁽⁵⁾ et le Code de Fribourg décide également qu'en dehors de ce cas une dette ne paye pas l'autre de plein droit ⁽⁶⁾.

Ces différentes lois paraissent ainsi appliquer le principe de la compensation légale au cas même ou l'autre jurisprudence semble l'avoir abandonné. Mais cette contradiction n'est qu'apparente : notre jurisprudence décide en effet, qu'en matière de comptes-

(1) Code Bava-rois, I, IV, chap. 15.

(2) Codes d'Autriche, art. 1438.

(3) Code Prussien, art. 301-303.

(4) Code Serbe, art. 903.

(5) Art. 101.

(6) Art. 1329.

courants la compensation s'opère de plein droit bien que les conditions ordinaires ne se trouvent pas réunies, et les Lois de Fribourg et de Berne qu'elle s'opérera de plein droit, en ce cas, bien qu'elles n'admettent pas le principe de la compensation légale. Dans les deux cas le législateur a donc eu pour but d'assurer dans les comptes-courants l'exercice de la compensation et les deux systèmes sont au fond animés du même esprit.

L'Angleterre est un des rares pays où la compensation paraît être encore aujourd'hui purement judiciaire. Elle y est admise, non par la loi commune, mais en vertu des statuts qui ont été établis en faveur des personnes poursuivies en justice et qui ont à répéter des créances contre ceux qui les poursuivent. La compensation n'a pas lieu de plein droit, la partie poursuivie peut seulement l'invoquer ⁽⁷⁾. C'est là un usage remarquable dans un pays si avancé dans la pratique des vérités économiques et où la compensation joue un rôle aussi important.

Souvent d'ailleurs comme en France les deux systèmes de la compensation légale et de la compensation judiciaire semblent se combiner chaque fois que l'équité et le droit sont en lutte, pour faire toujours triompher l'équité, qui, il ne faut pas l'oublier, demeure le fondement juridique et moral et la raison d'être de la compensation.

(7) Antoine DE SAINT-JOSEPH, *Concordance des Codes étrangers et du Code civil*, t. II, p. 262.

SECTION II

Comparaison entre la compensation du droit français et celle du droit allemand

La Théorie Française, telle que nous l'avons exposée, peut se résumer en cette formule : « La compensation est chez nous un double paiement abrégé et automatique ».

Différente est la conception du Code civil Allemand. Tandis qu'en France le législateur a considéré avant tout l'utilité économique de la compensation, le droit Allemand a surtout envisagé son fondement d'équité qui en fait une institution de garantie.

La compensation, nous l'avons vu, empêche que lorsque deux créanciers débiteurs réciproques se trouvent en présence, l'un d'eux puisse recevoir et non pas payer parce qu'il serait insolvable en face d'une partie solvable. Un tel résultat n'est pas seulement équitable, il est encore conforme vraisemblablement à l'intention des parties. Souvent en effet dans les rapports d'affaires une personne ne consent à faire crédit à une autre que parce qu'elle est déjà ou va devenir sa débitrice, et qu'elle compte sur sa propre dette comme garantie de l'avance qu'on sollicite d'elle.

Voici dès lors les différences qui résultent entre

les deux législations des points de vue différents auxquels elle se sont placées.

En droit Français l'extinction respective des deux obligations réciproques s'opère de plein droit par le seul fait de leur coexistence.

En droit Allemand au contraire, les deux obligations respectives des parties ne s'éteignent pas de la sorte. Elles coexistent mais ne disparaissent pas, elles se paralysent seulement mutuellement. Il faudra pour que l'extinction réciproque se produise qu'une déclaration soit adressée par l'une des parties à l'autre. C'est ce qui ressort de l'art. 388 du Code civil Allemand. Il n'est pas du reste nécessaire que cette déclaration de volonté se fasse en justice, elle peut se produire avant toute poursuite. Mais une fois la déclaration faite, la compensation produit son effet rétroactivement et les deux dettes sont alors réputées éteintes depuis le moment où elles pouvaient être compensées ⁽⁸⁾.

Cette particularité différencie complètement la compensation Allemande de la prétendue compensation conventionnelle Française qui produit ses effets au moment de l'accord des parties.

Le Droit Allemand n'exige pas comme le nôtre, pour que la compensation puisse être invoquée comme exception, que les deux dettes réciproques soient également liquides et exigibles. En effet chaque créancier n'étant réputé avoir consenti, à l'avance sollicitée de lui, que moyennant la garantie résultant de l'exis-

(8) Art. 389, Code civil Allemand ; art. 124 Code Suisse.

tence de sa propre dette envers son débiteur, on ne voit pas pourquoi il y aurait lieu de s'attacher à cette circonstance que cette dette était ou n'était pas actuellement liquide.

Si une dette envers un commerçant arrive à l'état de liquidité après la faillite de ce dernier, notre droit n'admet pas que le débiteur refuse de payer à la faillite, en alléguant une créance qui lui appartenait à l'encontre du failli.

La chose est au contraire possible en droit Allemand. Il est en effet de règle que les créanciers qui bénéficient d'une sûreté spéciale, privilège ou hypothèque, restent en dehors de la faillite.

Comme il est facile de s'en rendre compte, la différence entre la compensation en droit Allemand et en droit Français, qui au premier abord paraît très grande, est en réalité considérablement atténuée dans sa portée, par l'effet rétroactif attaché à la déclaration de volonté des parties.

TROISIÈME PARTIE

Applications pratiques de la compensation

CHAPITRE PREMIER

Utilité de la compensation dans le domaine juridique et économique

Dans notre droit actuel le rôle de la compensation est double : elle simplifie et elle garantit les paiements.

Grâce à elle, chacun des débiteurs est dispensé de livrer effectivement à l'autre l'objet de sa dette et par conséquent les maniements de fonds et les envois d'argent avec leurs frais, leurs lenteurs et leurs risques, se trouvent réduits au minimum.

Elle constitue par ailleurs une garantie de paiement et confère à chacun des créanciers l'équivalent d'un privilège à l'égard des autres créanciers de son débiteur : il échappe à leur concours dans la mesure où s'opère la compensation puisqu'il se paye sur ce qu'il doit lui-même et que toute sa dette est spécialement affectée à ce paiement.

Domat a mis en relief le rôle considérable de la compensation dans la définition suivante : « Les compensations ne sont autre chose que deux paiements réciproques qui se font en même temps sans que les débiteurs se donnent autre chose l'un à l'autre, que les seules quittances, les dettes demeurant anéanties

pour tout ce qui se trouvera acquitté par la compensation ⁽¹⁾ ».

Ce mode d'extinction des obligations n'est point une nécessité juridique. On peut très bien concevoir en droit que deux dettes réciproques coexistent sans se détruire l'une l'autre, et que chacune d'elles, puisse faire l'objet d'un paiement réel. Mais de puissants motifs d'utilité pratique et d'équité militent en faveur de la compensation. Elle a cet avantage considérable d'épargner aux parties des déplacements, des lenteurs et des frais, de prévenir des procès et surtout d'empêcher que l'une des parties ne soit victime de l'insolvabilité de l'autre. La loi romaine reconnaissant sa grande utilité disait en parlant d'elle : « La compensation est nécessaire parce qu'il vaut toujours mieux ne pas payer plutôt que de payer sauf à reprendre. *Compensatio necessaria est quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* ⁽²⁾ : » proposition d'une exactitude évidente.

Il existe beaucoup d'analogie entre le droit de rétention et la compensation. L'un et l'autre sont d'un grand secours pour des personnes qui se doivent mutuellement de l'argent. L'un et l'autre permettent de retenir la chose dûe. Mais deux importantes différences les séparent :

D'abord le droit de rétention n'est admis que pour les dettes connexes, tandis que la compensation est possible entre les dettes qui ne satisfont pas à cette condition.

(1) *Lois civiles*, 1^{re} partie, livre IV, titre II, préambule.

(2) L. III, D. de compensatione ; XVI, 2, Pomponius.

La compensation réalise le paiement tandis que le droit de rétention ne fait que le garantir. C'est avec juste raison que M. Saleilles disait : « La compensation est un droit de rétention renforcée ⁽³⁾ : »

Nous avons montré combien il est facile de justifier la compensation par des considérations d'équité et d'utilité pratique. Nous plaçant maintenant au point de vue économique, nous allons examiner le rôle de plus en plus important que prend la compensation par suite de l'immense développement des affaires ; elle est pour ainsi dire devenue indispensable : « Par le double paiement dont elle tient lieu, et le double déplacement de fonds qu'elle évite, dit M. Lair, elle abrège et facilite singulièrement les opérations journalières du commerce, et en rendant ainsi libres et disponibles des fonds que ces paiements auraient absorbés, elle a sur la quantité de numéraire en circulation, une profonde influence et paraît destinée à devenir de plus en plus l'un des principaux instruments de crédit ⁽⁴⁾ ».

Dans les rapports des banques entre elles, elle présente une importance toute particulière et a donné lieu à la création d'institutions spéciales : les « Clearing houses » ou chambres de compensation ⁽⁵⁾. Voici l'idée générale de ce système : Il suppose un accord entre des banquiers. Les divers adhérents remettent quotidiennement à la chambre de compensation les

(3) SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 2^e édit., n° 61, p. 48.

(4) LAIR, p. 13 et p. 14.

(5) J. HARISTOV, *Virements en banque et chambres de compensation*, Thèse, Paris, 1906.

chèques et autres effets de commerce arrivés à échéance et qui sont payables chez d'autres adhérents. La chambre compense leurs créances et leurs dettes respectives en échangeant les valeurs, de sorte qu'en définitive il suffit de régler le solde, qui nécessairement est insignifiant, relativement au montant de tous les effets ⁽⁶⁾.

L'institution des « Clearing houses » reposent sur ce principe que les sommes dues par une maison de banque à quelque maison que ce soit, se compense avec celles qui lui sont dues par quelques maisons que ce soit, pourvu qu'elles soient l'une et l'autre admises au « Clearing house ». Ce sont les qualités de créancier et de débiteur qui se détruisent l'une et l'autre, sans que l'on ait besoin de rechercher sur quelles têtes elles résident ; la balance s'établit entre les dettes et les créances considérées « in genere ». La différence qu'elle laisse subsister est payée par celui qui avait plus de dettes que de créances pour celui qui avait plus de créances que de dettes, n'y eut-il eu avant le dépôt des mandats et l'opération de la liquidation, aucun rapport entre l'un et l'autre.

Si l'on va au fond de ces diverses opérations, on n'y trouve autre chose qu'une combinaison fort simple de la compensation et de la délégation, qui, en appliquant aux dettes à éteindre les créances à recouvrer, permet de régler la plupart des comptes sans aucun déplacement de fonds. On ne saurait donc méconnaître l'im-

(6) Stanley JEVONS, *De la monnaie*, chap. XXI, 5^e édit., 1891, pp. 216-236. — Albert TESSIER, *Traité théorique et pratique des chambres de compensation*. Thèse, Paris, 1894.

portance de la compensation au point de vue économique et l'utilité du rôle qu'elle est appelée à jouer dans le développement toujours croissant et dans la marche chaque jour plus rapide des transactions commerciales.

La plus ancienne des chambres de compensation est le « Clearing house » de Londres, association privée qui fût créée en 1775 ⁽⁷⁾. Cependant dès le ^{xvii}^e siècle il existait à Lyon une chambre de compensation pour les lettres de change. Peut-être même la chambre de compensation de Lyon a-t-elle donnée la première idée du « Clearing house » de Londres ; mais elle disparut en 1793.

Nous allons examiner rapidement le fonctionnement du « Clearing house » à Londres.

Les commerçants de cette ville au lieu d'avoir chacun leur caisse, font les paiements et leurs recettes par l'intermédiaire de banquiers. Les commis des différentes maisons de banque de Londres se réunissent au nombre de 30 environ dans une grande salle située à Lombart Street et se placent par ordre alphabétique à des pupitres disposés autour de l'appartement. Une boîte ouverte est à côté de chacun d'eux et le nom de la maison est inscrit au-dessus de leur tête. Les commis des banquiers, qui ont des mandats sur une maison, les déposent dans la boîte de celle-ci et le commis banquier qui la représente inscrit ces mandats sur un livre en y joignant le nom du tireur. A quatre heures

(7) Charles BERTEAUX, *Etude sur la chambre de compensation de Londres.*

les boîtes sont enlevées : Chaque commis additionne le montant des mandats payables par sa maison et reçoit de cette maison un livre contenant le montant de tous les mandats distribués par elle dans les boîtes des autres. Il compare, pour chaque maison de banque, les deux sommes, et écrit la balance que sa maison doit payer ou recevoir, avec le nom de chacun de ces banquiers en regard. Il vérifie cet état en le comparant à celui que dressent les commis de ces maisons, puis il envoie à sa maison la balance générale qui résulte de son calcul. Si d'après cette balance sa maison doit aux autres, elle lui envoie le montant en billets de banque. A cinq heures un inspecteur se place sur son siège. Les commis des maisons qui doivent une différence la remettent entre ses mains, et il la remet à ceux des maisons auxquelles cette même différence est due. Ainsi la totalité des paiements se trouve effectuée par un double système de balance en ne faisant passer de main en main qu'un très petit nombre de billets de banque et très rarement de la monnaie métallique.

Si toutes les maisons de banque avaient des comptes ouverts à la banque d'Angleterre, il serait possible d'effectuer tous les règlements avec une quantité encore moins grande de valeurs en circulation.

Avant que les « Clearing houses » soient institués, tous les négociants de Londres échangeaient leur chèque « inter pocula », entre deux pintes de bière, au milieu de la journée et de leurs affaires. C'est de là

qu'est née l'idée principale d'organiser un bureau où chacun aurait un simple clerc ou commis ⁽⁸⁾.

Toutes les maisons de banque ne participent pas aux opérations du « Clearing house ». Il faut qu'elles le veuillent et qu'elles puissent se faire admettre par le comité des banquiers de Londres. En 1856, le « Clearing house » était ouvert à vingt-cinq maisons de banques particulières et à huit banques par action seulement.

Dans la suite des établissements analogues ont été fondés dans plusieurs grandes villes d'Angleterre, notamment à Manchester, à Liverpool, à Birmingham et à Newcastle. Le mouvement a aussi gagné les autres pays. Il existe des « Clearing houses » dans beaucoup de villes des Etats-Unis, notamment à New-York, Boston, Chicago, Philadelphie et Saint-Louis. Celui de New-York, qui est le plus ancien, mérite une mention particulière. Il remonte à 1853 et fait à lui seul plus de la moitié des opérations totales de l'Union Américaine. C'est le « Clearing house » le plus important du monde entier.

Il a été créé à Paris, en 1872, une chambre de compensation, mais elle est très loin d'avoir atteint le développement de celle de Londres ou de New-York. On trouve également des institutions du même genre en Italie, en Autriche et en Allemagne. Du reste rien n'empêche tout groupe quelconque d'entreprise, se trouvant entre elles en rapport constant d'affaires, de s'organiser de la même façon pour les liquider sim-

(8) Discours de M. Pouyer, séance du Corps législatif du 25 mai 1864.

plement et rapidement. Ainsi en 1924 le montant des effets compensés par la chambre des banquiers de Paris s'élevait à plus de trois cent trente milliards. Les agents de change, dont la chambre syndicale joue le même rôle entre eux, font fonctionner la compensation, non seulement pour les sommes mais aussi pour les titres de nature similaire qu'ils ont à se livrer.

L'institution du « Clearing house » est étroitement liée à celle des chèques qui a pris naissance en Angleterre et qui tend de plus en plus à se répandre en France. Grâce à cette institution dont le but essentiel est d'épargner le roulement d'une grande quantité de monnaie métallique et de faciliter les mouvements commerciaux, la compensation a vu considérablement augmenter son application et son importance. En usant des banques de dépôt et des chèques, ce ne sont plus seulement les commerçants et les banquiers, ce sont les capitalistes en général qui usent de la compensation.

Les avantages que présentent les « Clearing houses » et les chèques sont, nous le voyons, considérables. Dans cette manière d'effectuer les grands paiements, tous les risques, les pertes de temps, les dérangements et l'emploi des métaux précieux, sont réduits au minimum. Tandis que le chèque représentant un paiement circule et parcourt le pays, l'argent dont il transfère la propriété, repose dans les caves des banques, ou plutôt comme il n'est pas du tout nécessaire aux opérations, il est prêté ou exporté hors du pays, de sorte qu'on bénéficie des intérêts.

La sécurité avec laquelle s'effectuent les paiements

est aussi un fait à considérer. Lorsque les grosses sommes sont transportées en espèces, c'est toujours une forte tentation pour les voleurs. Grâce à l'intermédiaire des banques, soit qu'on emploie les chèques ou les billets de crédit, les paiements les plus considérables peuvent être faits presque à l'abri de tout risque. Les chèques, billets et autres titres, transférés dans les « Clearing houses » sont en général tellement couverts de notes et d'endossements, qu'ils ne présentent une réelle valeur que pour leur propriétaire légal.

CHAPITRE II

Extension du système de la compensation

Le système de la compensation n'est pas uniquement appliqué au paiement des chèques, des billets ou des traites sur les banquiers, mais d'autres transactions bien différentes s'effectuent d'une façon analogue.

SECTION I

"Clearing house des chemins de fer"

Une institution analogue au « Clearing house » a été également créée en Angleterre : C'est le « Clearing house » des chemins de fer ou « Railway Clearing house ».

Les voies ferrées de la Grande-Bretagne sont partagées entre des Compagnies extrêmement nombreuses dont la division excessive avait de graves inconvénients : les voyageurs et les marchandises qui étaient obligés de faire un long parcours auraient été astreints à de

trop nombreux déplacements si les diverses Compagnies de l'Angleterre ne s'étaient pas entendues entre elles. Si d'autre part on avait fait circuler les mêmes voitures sur les différentes voies depuis le point de départ jusqu'au point d'arrivée, ce qui était commode pour les voyageurs et les expéditeurs, aurait pu devenir préjudiciable aux Compagnies. Il aurait fallu que celles-ci se livrent à des calculs répétés pour déterminer ce qui revenait à chacune d'elles en tenant compte de l'usage des voitures et des rails, et qu'elles exercent les unes sur les autres une surveillance coûteuse, difficile et injurieuse.

En 1842, le « Railway Clearing house » fut institué pour régler et liquider les comptes de transports en service direct des voyageurs et des marchandises et ceux résultant de l'échange du matériel roulant entre les Compagnies de chemins de fer faisant parties d'un même réseau ⁽¹⁾.

L'organisation de « Railway Clearing house » a été consacrée par une loi du 25 juin 1850. En 1845, il ne comptait que 16 Compagnies, en 1855 il en comprenait 47, en 1863 il en comprenait 132 et l'on peut dire qu'il embrasse aujourd'hui toute l'Angleterre.

Cette institution offre une grande utilité dans les pays où l'exploitation est morcelée. Elle en aurait beaucoup moins dans les pays où comme la France le système des grandes Compagnies a prévalu.

(1) *Le chemin de fer Suisse et le Railway Clearing House de Londres*, par M. BERGERON, Lausanne, 1863, p. 18.

SECTION II

Application de la compensation aux affaires de bourse

Le principe de la compensation est encore appliqué par les commerçants d'une même catégorie sur les transactions de leur commerce, comme il l'est par des banquiers sur des transactions abstraites. Le nombre d'industries dans lesquelles peuvent se produire des compensations entre les commerçants est limité, mais elles comprennent toutefois d'énormes mouvements d'affaires.

La plus importante de toutes est celle des affaires de bourse. Il est inévitable que dans un délai de temps restreint, entre deux agents de change, des titres de même catégorie aient été réciproquement achetés ou vendus.

Nous n'étudierons pas le fonctionnement de la compensation dans toutes les sociétés qui existent. Nous en citerons seulement quelques-unes.

En 1874 fut fondé à Londres le « London stock exchange Clearing house », dans le but de balancer ensemble des quantités de titres entre les agents et les courtiers de Londres.

A New-York, le « Stock exchange Clearing house » a été organisé le 22 mars 1892.

Le « Stock exchange Clearing house » de Philadelphie est le plus ancien de ce genre existant aux Etats-

Unis. Il a été établi en 1870 et a servi de modèle à tous ceux qui ont été établis depuis lors.

A Paris les agents de change liquident eux-mêmes leurs affaires par voie de compensation, en tirant des mandats bleus sur la banque de France qui leur affecte une caisse spéciale et joue à leur égard le rôle de « Clearing house ».

Organisation strictement privée, la chambre de compensation des agents de change ne fait connaître ni sa façon de procéder, ni la statistique de ses opérations.

SECTION III

Application du système de la compensation aux liquidations en marchandises

La compensation a enfin été appliquée dans les liquidations en marchandises :

A Glasgow, une association s'est formée sur le marché des fers et en 1875 un jour a été fixé pour le règlement périodique des transactions mutuelles.

A Liverpool, M. Joseph B. Morgan a fondé la « Cotton Broker's Bank », en 1887, dans le but de simplifier les opérations sur le coton.

En 1888 : « The Beetroot Sugar Association of London » a été créé pour les compensations de marchés sur le sucre de betterave.

En 1888 également, fut encore fondé en Angleterre

le « London produce Clearing house » pour régler et déterminer les marchés des produits coloniaux.

En France, le principe de la compensation est appliqué à la liquidation des opérations à terme sur marchandises.

Les caisses de liquidation sont maintenant nombreuses dans notre pays et s'il faut en croire M. P. Des Essarts, c'est à la France que reviendrait encore la priorité de cette application : « Nous avons en France, « dit-il, la manie de toujours regarder ce qui se fait « à l'étranger, de le prôner, de le vanter, et quand « nous inventons quelque chose, le grand public ne « la connaît pas. De ce nombre sont les caisses de liquidation des affaires en marchandises, imaginées en France et copiées peu après en Angleterre, en Allemagne et dans presque tous les pays commerçants ».

La bourse de commerce de Paris ne constitue pas à proprement parler une caisse de liquidation, mais par suite des règlements appliqués, les opérations qui y sont faites sont soumises à des liquidations qui arrivent au résultat obtenu sur d'autres places par l'emploi de la compensation. Il n'est pas donné de statistique des opérations.

La caisse des liquidations des affaires en marchandises du Havre a été fondée en 1882. C'est une société au capital de quatre millions qui en 1895 a été porté à six millions. A Roubaix-Tourcoing, la caisse de liquidation et de garantie des opérations à terme sur marchandises a été créée le 5 novembre 1892 au capital de un million deux cent mille francs. Les opérations portent sur les laines filées.

En Belgique une caisse de liquidation des affaires en marchandises avait été établie à Anvers en 1887, pour trente années à partir du 1^{er} novembre 1887, au capital de trois millions de francs. Les opérations portaient sur les cafés et les laines peignées.

En Hollande, le principe de la compensation est également appliqué à la liquidation des opérations sur marchandises.

Ainsi le principe de la compensation s'est étendu des affaires de banque à celle des chemins de fer, des agents de change et de certains courtiers. On comprend fort bien que tout corps de marchands, de courtiers, ou d'autres personnes, ayant souvent de l'argent à réclamer les uns des autres, ait intérêt à se réunir une fois ou deux par semaine, ou plus souvent selon les besoins pour une séance de liquidation.

Les commerçants d'une même place liquident des transactions non plus abstraites comme les banquiers, mais concrètes, encore rattachées à la vie industrielle d'où elles émergent, sans être passées en banque, ni avoir encore revêtues cette sorte d'uniforme que constitue le chèque ou l'effet de commerce.

Ces associations de liquidation entre commerçants ne peuvent se constituer que dans des cas privilégiés. Elles supposent des commerçants placés non pas dans une attitude fixe, entre le producteur et le consommateur, mais dans une attitude qui puisse au contraire s'intervertir. Ainsi la compensation s'accomplira le plus souvent entre courtiers intermédiaires alternatifs de l'acheteur et du vendeur, sur une place plus ou

moins vaste. Ce seront par exemple les agents de change intermédiaires légaux de tous les achats et ventes de titres au porteur, intermédiaires effectifs d'un grand nombre de ces opérations. Mais outre les intermédiaires impersonnels des échanges, il y a ceux qui en dominent en quelque sorte la hiérarchie, achètent et vendent tour à tour pour eux-mêmes selon l'allure prévue ou réalisée du cours des marchandises. Entre ces acheteurs et ces vendeurs à terme, des relations réciproques pourront s'organiser comme entre les intermédiaires impersonnels du public.

C'est donc le domaine de la spéculation qui de préférence donne prise aux compensations de bourse et de commerce. Nous en avons vu la raison d'ordre subjectif. Mais il y en a une autre d'ordre objectif. Les affaires portées aux chambres de compensation des banquiers sont unilatérales, ce sont des paiements abstraits. Dans les institutions de compensation de bourse et de commerce, ce sont des transactions bilatérales et concrètes, achats et ventes.

Ainsi réalisée plus largement, la compensation effectuée sous cette forme est plus efficace que celle des banquiers. Toute vente neutralisée par compensation, le premier vendeur étant mis en face du dernier acheteur, évite une double tradition d'argent et de marchandise. Si le « Clearing house » des banques allège la circulation métallique et fiduciaire sous forme de billets de banque, le « Clearing » en nature réduit même la circulation des chèques.

Ainsi après avoir vu les banques de virement refou-

ler de plus en plus la circulation extérieure pour la circulation intérieure, les chambres de compensation ou « Clearing house », par un dernier effort d'abstraction, réduisent les chèques qui n'en sont que le signe extérieur.

Conclusion

Au terme de cet exposé dans lequel nous nous sommes surtout efforcé de faire revivre dans son histoire les phases principales de l'évolution de la compensation, une idée générale se dégage qu'il importe de mettre en relief.

Si le législateur proclame nettement à plusieurs reprises le caractère légal et automatique de cette institution, il est beaucoup moins absolu au moment d'appliquer les conséquences qui pourraient résulter de ce principe parfois très rigoureux. Le système de la compensation légale qui est celui de la plupart des législations étrangères modernes se rapproche en réalité du système romain de la compensation judiciaire et ces deux principes bien que partant de points diamétralement opposés, semblent converger vers un centre commun où l'équité les attire.

Notre théorie française comporte plusieurs solutions qui contredisent dans une certaine mesure le caractère légal de la compensation et sur deux points principalement le code civil est inconséquent avec lui-même quand il permet aux parties de renoncer à la compensation.

Si au mépris de la compensation opérée un créancier débiteur poursuit l'autre partie en justice, et si le dé-

fendeur néglige d'invoquer cette compensation, le juge qui d'après le principe essentiel de notre organisation judiciaire, ne doit statuer que sur les conclusions des parties, ne pourra assurément prononcer la compensation. Il devra condamner le défendeur. Mais toutefois ce dernier dont la créance aurait dû être logiquement éteinte par la compensation, pourra poursuivre à nouveau dans une autre instance le demandeur actuel. C'est ce qui a été jugé par la chambre des requêtes de la Cour de Cassation dans un arrêt en date du 18 novembre 1839.

Cette solution découle, nous l'avons vu, de l'article 1299 du Code civil aux termes duquel : « Celui qui a payé une dette qui était, de plein droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette ».

Il résulte de ce texte que le débiteur qui demande le paiement de sa propre créance n'agit pas en vertu de l'action en répétition de l'indû, mais en vertu de son action primitive et qu'il conserve même les garanties accessoires de cette créance à l'encontre des tiers lorsqu'il n'a pas renoncé sciemment au bénéfice de la compensation. Pourquoi alors l'article 1290 déclare-t-il en termes absolus que la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs. Voilà une première inconséquence.

Nous trouvons la deuxième dans l'article 1295. « Le

débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il aurait pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification ».

Ce texte suppose qu'un débiteur a accepté purement et simplement, sans aucune réserve, la cession que son créancier a faite de ses droits à un tiers. Si ce débiteur est en même temps créancier du cédant, il est considéré comme ayant renoncé à se prévaloir du bénéfice de la compensation. Il devra tout d'abord payer sa dette au cessionnaire ; ce n'est qu'ensuite, s'il le veut, qu'il pourra poursuivre contre le cédant le paiement de sa propre créance.

On le voit et c'est l'idée qu'il faut retenir de cette étude, la conception française de la compensation continue à se relier à la conception romaine qui fait de cette institution le résultat d'une exception expresse ou implicite, elle s'apparente aux législations plus modernes qui la subordonnent à une déclaration.

Vu :
LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
Montpellier, le 14 Mars 1934
VIALLETON.

Vu :
LE DOYEN,
Montpellier, le 14 Mars 1934
MORIN.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 15 Mars 1934.
LE RECTEUR,
TAILLIART.

Bibliographie

- APPLETON (C.). — *Histoire de la compensation en droit romain*. C. Masson, éditeur, 1895.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, 5^e édit., 1902.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique du Droit Civil*, t. III, 3^e édit., 1908.
- CASSIN (René). — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. *Thèse*, Paris, 1914.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité élémentaire du Droit Civil*, t. II, 4^e édit., 1924.
- CUQ. — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 2^e édit., 1917.
- Corpus Juris Civilis* de Mommsen, Krueger, Schoell, Kroll : Textes du Digeste, Institutes, Code, Nouvelles.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*. Paris, Rousseau, 1923 et s.
- DEMOLOMBE. — *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Paris, Durand et Pedone-Saniel, 1877-1879. Cours du Code Napoléon, tome 24 à 31.

DESJARDINS (Albert). — *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit Français, ancien et moderne.* Paris, chez Auguste Durand, libraire, 1864.

DURANTON (Frédéric). — *Revue de Droit Français et Etranger*, t. III; 1846.

GIRARD. — Paris, Rousseau, 8° édit. *Manuel élémentaire de Droit Romain.*

HARISTOY (J.). — *Virements en banque et chambres de compensation. Thèse Paris*, 1906.

LAIR (A. E.). — *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le Droit Romain et le Droit Français ancien et moderne.*

LAURENT. — *Principes de Droit Civil Français.*

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, t. VII.

MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon.* 5° édit., Paris, Cotillon, Librairie du Conseil d'Etat, 1859.

PETIT (E.). — *Traité élémentaire du Droit Romain.*

PILETTE. — *Revue Historique*, t. VII, 1861.

PLANIOL. — *Traité élémentaire du Droit Civil*, t. II, 5° édit., 1909.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, II° édit., 1932.

— *Traité pratique de Droit Civil*, t. VII, 1932, avec la collaboration de MM. Esmein, Radouant et Gabolde.

POTHIER. — *Traité des obligations*, t. III.

SALEILLES. — Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil Allemand, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889. En volume séparé, Paris, 1890.

STANLEY JEVONS. — *De la monnaie*, 5^e édit., 1891.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e édit., Paris, Rousseau, 1931.

TROPLONG. — *Droit Civil. Du contrat de Société. Du contrat de mariage.*

TESSIER (Albert). — *Traité théorique et pratique des chambres de compensation*, *Thèse*, Paris, 1894.



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

•• •• IMPRIMEURS-ÉDITEURS •• ••

•• 42, QUAI GAILLETON, 42 ••

•• •• •• •• LYON •• •• •• ••



